المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى - مكة المكرمة
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
الدراسات العليا الإسلامية المسائية

قام الطالب بالتعديل حسب توصيات لجنة المناقشة.

أعضاء اللجنة:
١- حسين عبد المجيد أبو العلا
٢- مسعود بن مسعد الثبيتي
٣- شعبان مطاوع عبد العاطي

كتاب
الصلح والحوالة والضمان

من "الحاوي الكبير"

لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي

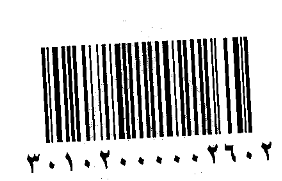
المتوفى سنة خمسين وأربعمائة هجرية (٤٥٠هـ)

"دراسة وتحقيق"

رسالة ماجستير مقدمة من الطالب:

عبد الله بن غرم بن محمد العمري

سنة ١٤١٥هـ



إشراف الأستاذ الدكتور:

حسين عبد المجيد حسين أبو العلا

الأستاذ المشارك بكلية الشريعة

ملخص الرسالة

العنوان : كتاب : الصلح والحوالة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ؛ وبعد :

والضمان - من كتاب « الحاوي » في الفقه الشافعي لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي (ت ٤٥٠ هـ) ... (دراسة وتحقيق) .

وهذه الموضوعات الثلاثة تقع في قسم المعاملات - وهي مهمة ؛ لما فيها من مسائل تعرّض للناس في حياتهم ومعاملاتهم ...

وقد بدأ المصنف كتاب الصلح بالأدلة على مشروعيته وفضله ، ثم ذكر أنواع الصلح في المال وما يأخذ حكم البيع أو الإجارة أو الهبة .. وما ينبني على هذه الأنواع ،وبين الخلاف في صلح الإنكار وما يترتب عليه . وحكم صلح الأجنبي عن المدعى عليه ثم بدأ في أحكام التزاحم على الحقوق في الطرق والحيطان والسقوف ،وذكر ضوابط الانتفاع بالمرافق العامة وحكم إشراع الأجنحة ونحوها في الطريق وحكم الصلح عن ذلك ،وفصل الكلام في الدعاوى بين الجيران أو الشركاء ،وكيفية الانتفاع بما يشتركون فيه ،أو إصلاحه عند تلفه وحكم الإجبار على ذلك - وما يترتب على هذا ...

أما الحوالة فقد تكلم المصنف عن الأصل في جوازها ، وبين أركانها وشروط كل ركن مع بيان الخلاف بين العلماء في بعض تلك الشروط - وهل الحوالة بيع أو عقد إرفاق ؟ ووضح خلاف العلماء فيما يترتب على الحوالة ،ثم شرح المسائل الخاصة بالمزني في الحوالة ،وحرر ما نقل عنه في ذلك وما يترتب عليه .

وفي الضمان فصل المصنف الأدلة على جوازه ،وبين أركانه وكيفية صياغة هذا العقد وما يترتب عليه بالتفصيل ،وذكر عددا من أنواع الضمان الجائزة ،وذكر أحكام تعدد الضمناء وكيفية براءتهم ، ثم أشار إلى خلاف العلماء في ضمان المجهول ،وضمان دين الميت ..

وبين حكم الضمان من حيث الحلول والتأجيل وما يترتب على ذلك - وتكلم عن ضمان بعض الأشخاص مثل :ضمان العبد والضمان عنه ، وضمان المدبر ، وأم الولد ، والمرأة والصغير والمجنون والمبرسم والأخرس والمريض والمحجور عليه والسكران .ثم ختم كتاب الضمان بالكلام عن كفالة الأبدان من حيث :حكمها وأدلة ثبوتها وشروطها واللفظ الذي تنعقد به وما يترتب عليها بالتفصيل ...

وقد قمت بإعداد دراسة موجزة عن المصنف وكتابه : وبينت منهجه ومصطلحاته فيه ومصادره وتأثيره فيمن بعده من خلال الموضوعات التي حققتها . أما التحقيق ففيه العناية بالنص :حيث قابلته على خمس نسخ ثم اخترت النص المناسب دون التقيد بنسخة ؛ مع مراعاة علامات الترقيم والكتابة بالرسم الإملائي المعاصر ، وترقيم المسائل والفصول ،ووضع العناوين المناسبه لها ، وعزو الآيات القرآنية إلى سورها ؛ وتخريج الأحاديث والآثار وبيان كلام بعض العلماء فيها ، والتعريف بعدد من الأعلام والمصطلحات ،ثم توثيق النصوص التي نقلها المصنف ، وكذلك المذاهب والآراء والأقوال والأوجه ، وإعداد فهارس تفصيلية للآيات والأحاديث والآثار والأعلام والكتب والمصطلحات الغريبة والمصادر والموضوعات ..

وصلى الله وسلم على عبده ورسوله محمد وعلى آله وصحبه ..

الطالب	المشرف	عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
عبدالله بن غرم بن محمد العمري	حسين عبدالمجيد أبو العلا	
عبدآلله العمري	د / حسين أبو العلا	د/محمد صامل السلمي

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة :

إن الحمد لله نحمده ، ونستعينه ، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل الله فلا هادي له .

وأشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

أما بعد :

فإن من أعظم نعم الله على الإنسان أن يجعله من المسلمين وأن يفقهه فى الدين ..

فنعمة الإسلام وعبادة الله وحده هي طريق الفوز والفلاح فى الدنيا والأخرى .

فبها يتحقق الأمن والسعادة والهداية فى الدنيا . وهى طريق إلى الجنة والسلامة فى الآخرة .

وإن الأعمال الشرعية أو العبادة الصحيحة تحتاج إلى الإخلاص لله فى الأداء ، وحسن المتابعة للرسول صلى الله عليه وسلم ؛ وذلك مبنيّ أيضا على العلم الشرعي والفقه فى الدين الذي قال عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم : «من يرد به الله خيراً يفقهه فى الدين » [1] .

وإن من الفقه فى الدين معرفة الأحكام العملية بأدلتها ، فتكون العبادات والمعاملات وسائر الأحكام والتصرفات وفق ما يرضي الله تعالى لأنها على نور من كتاب الله عز وجل وعلى هدى من سنة نبيّه صلى الله عليه وسلم .

وأحمد الله وأشكره على ما يسّر لي من الشروع فى طريق التفقه فى الدين وذلك بالالتحاق بكلية الشريعة بالرياض - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .

ثم بعد ذلك سّجلت فى الدراسات العليا الإسلامية المسائية بجامعة أم القرى فلما تجاوزت السنتين المنهجيتين بحثت عن موضوع أو تحقيق مخطوط لاستكمال الحصول على درجة «الماجستير» .

١- أخرجه البخاري فى صحيحه ١٦٤/١ كتاب العلم «٣» ب : من يرد به الله خيراً يفقهه فى الدين ١٣ رقم ٧١ .

ومسلم فى صحيحه ٧١٨/٢ كتاب الزكاة ١٢ ب : النهى . المسألة ٣٣ رقم ١٠٣٧/٩٨ .

فوقع اختياري على تحقيق ثلاثة موضوعات من كتاب «الحاوي» الذي صنفه فى الفقه الشافعي : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى سنة خمسين وأربعمائة للهجرة (٤٥٠هـ) .

وهذه الموضوعات هي :

١- كتاب : الصلح .

٢- كتاب : الحوالة .

٣- كتاب : الضمان .

● وأُجْمِلُ الأسباب التى دفعتني إلى اختياره فيما يلى :

أولاً : أهمية كتاب «الحاوي» فى الفقه الإسلامى عموماً ، وفى الفقه الشافعي خصوصاً [١] .

ثانيا : أهمية الموضوعات التى وقع اختياري على تحقيقها لأنها تتعلق بمعاملة المسلم مع الآخرين ... [٢]

ثالثاً : شعوري بأهمية تحقيق التراث الإسلامي :

بالنسبة لذاك التراث ، وبالنسبة للمحقق .

فأما بالنسبة للتراث فإن العلماء المسلمين - رحمهم الله تعالى - تركوا لناثروة عظمية من الكتب المخطوطة التى حوت علماً غزيراً تعبوا فى تحصيله وتصنيفه - فكان من المهم تحقيقه وإخراجه لمن يستفيد منه .

وأما بالنسبة للمحقق فإنه يكتسب - بالتحقيق - لوناً من ألوان المعرفة ، والاطلاع الدقيق ، ومقارنة الأقوال ، والوقوف على أدلتها ومعرفة الراجح منها وغير ذلك من الفوائد العلمية فى الموضوع المحقق ، مع تحرير النصوص وتنويرها ..

وقد أدركت أهمية الكتاب ، ومكانة مؤلفه فى الفقه من حين وقع اختياري على تحقيق تلك الموضوعات ، ورأيت عدداً من الرسائل التي سبقت فى تحقيق موضوعات منه [٣] .

فزادني ذلك رغبة وعزيمة على بذل الجهد قدر المستطاع .

١- انظر ما يأتى ص ٢٨ .

٢- انظر ما فى ص ٣٥ .

٣- بلغ الذين حصلوا على درجة «الدكتوراه» من جامعة أم القرى فى تحقيق بعض موضوعات الحاوي ثمانية عشر محققا - حسب علمي - إضافة إلى عدد من الطلاب فى مرحلة الماجستير.

• ولا أخفي هنا أنه قابلني بعض الصعوبات منها ما يحتاجه التحقيق من دقة وممارسة ، ثم ما وجدته فى الكتاب من كثرة النصوص التى ينقلها المصنف [١] .

أضف إلى ذلك ما وجدته فى الموضوعات المختارة من دقّة فى المسائل - خصوصاً كتاب «الصلح» فقد اشتمل على مسائل فى الإقرار ، والدعاوى ، وأحكام الجوار ، والمرافق العامة والخاصة كأحكام الطرق والبنايات المشتركة ..

بل إن المصنف بحث فى الموضوعات التى حققتها مسائل مستقلة فى : البيع ، والوقف ، والإقرار ، والإجارة ، واليمين فى الدعوى ، والوديعة ، والعارية ، والوكالة ، والحجر ، والسّلَم ، والقضاء ، والشهادات ، والوصايا ، وتصرفات المريض ، وتصرفات السكران ... [٢]

وذلك لورود مناسبات لهذه المسائل فى هذه الموضوعات ؛ وهذا يزيد من صعوبة التحقيق لا سيما فى المسائل الخلافية فإن الفقهاء يختلفون فى مكان عرض المسألة فتجدها عند :

الحنفية فى الدعاوى والقضاء ، وعند المالكية فى الشركة ، وعند الشافعية والحنابلة فى الصلح والدعاوى . - بل قد يختلف فى مكان عرضها أصحاب المذهب الواحد - كالمسائل المتعلقة بأحكام الجوار والمرافق .

وقد تمّ بفضل من الله تعالى ثم بتوجيهات فضيلة المشرف التغلب على كثير من الصعوبات .

وكان من توجيهات فضيلة المشرف قوله (إن المحقق والباحث ليشعر بشدة الفقر والحاجة إلى الله تعالى فى تسديده وتوفيقه إلى ما يريد) .

وكان هذا مما يدفعني إلى الإكثار من الدعاء واللجوء إلى الله تعالى .

• المنهج الذى اتبعته فى التحقيق :

اطلعت قبل البدء فى هذا العمل على الخطة والتوصيات التى وافق عليها مجلس الكلية فى جلسته الثالثة المنعقدة بتاريخ ١٤١١/٣/١٩ هـ والتزمت بها - مع مراعاة الإيجاز عند التعريف بالمصنف وكتابه - حيث سبقت الكتابة فى ذلك مفصّلة فى عدد من الرسائل التي أعدت فى تحقيق الكتاب .

١- انظر على سبيل المثال ص ٤٠٠ ، ٢٣٤٠٠ ، ٣٢٩ ، ٣٣٦٠٠ .

٢- انظر مثلاً ص ٤٩ ، ٦٤ ، ٨٣٠٠ ، ٩٠٠٠ ، ١٠٤ ، ١٢١ ، ١٣٢ ، ١٧٧ ، ١٨٥ ، ٢٥٧ ، ٢٦٠ ، ٢٦٤ ، ٢٩٢ ، ٢٩٤ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ .

وأهم الخطوات التى اتبعتها ما يلى :

١- إعداد دراسة موجزة عن المصنف ، وآثاره ، ومعتقده ، وشيوخه ، وتلاميذه ثم كتابه «الحاوي» وأهميته ، ومنهج مصنفه فيه ، ومصطلحاته ، ومصادر هذا الكتاب ، وتأثيره فى الكتب التى صنفها الشافعية بعده .

٢- العناية بالنص حيث : نقلته أولاً من نسخة «أ»[١] ثم :

أ- قابلته على خمس نسخ [٢] ، واخترت العبارة الصحيحة ، أو الراجحة - حسب ما ظهر لي - ودوّنتها فى صلب المتن دون التقيد بنسخة معينة ، ثم أثبت الفروق بين النسخ فى الهامش إذا كان يترتب على ذكرها فائدة - غالباً .

ب- راعيت علامات الترقيم المتعارف عليها كالنقطة ، والفاصلة ، ومواضع علامات الاستفهام ، وعلامات التنصيص ، والإشارة إلى الجمل الاعتراضية .. وكانت الكتابة بالرسم الإملائى المعاصر .

جـ- قمت بترقيم مسائل كل كتاب بأرقام متسلسلة مستقلة ، وكذلك الفصول فى كل مسألة ، ووضعت لها العناوين المناسبة [٣] .

د- قمت بضبط ما قد يلتبس من أسماء الأعلام و الأماكن ونحوها - بعد الرجوع إلى المصادر .

كما ضبطت بالشكل ما يحتاج من الآيات القرآنية وأقوال النبي صلى الله عليه وسلم ..

٣- عزو الآيات القرآنية إلى سورها ، مع ذكر رقم الآية .

٤- تخريج الأحاديث والآثار الواردة فى النص قدر الإمكان :

فإن كان الحديث فى الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بالعزو إليهما غالباً ، ولا أتعرض لدرجته للعلم بصحته .

١- وقد وضعت أرقام هذه النسخة على هامش صفحات الرسالة .

٢- منها واحدة مطبوعة .

٣- من الاصطلاحات التى اتبعتها فى التحقيق ما يلى :

أ- وضعت العناوين للمسائل والفصول بخط بارز وبين قوسين هكذا (   ) بعد قول المصنف : مسألة - أو - فصل .

ب- وضعت الساقط من إحدى النسخ بين معكوفتين هكذا [   ] .

جـ- إذا كان الساقط مهمًا فإن كان كلمة ونحوها قلت : سقطت من كذا ، وإن كان أكثر قلت : سقط من كذا ..وإن كان الساقط قد يستغنى عنه قلت : ليست في كذا - أو ليس فى كذا .

وإن كان فى غيرهما اجتهدت فى ذكر من خرّجه مبتدئاً بمن ذكر اللفظ الذي أورده المصنف أو ما يقرب منه ..

ثم بحثت فى درجته وذكرت بعض أقوال العلماء فيه ..

٥- ترجمت لأكثر الأعلام الذين ورد ذكرهم فى الكتاب وتركت الترجمة لأشهرهم كالخلفاء الراشدين والأئمة الأربعة ..

٦- قمت بالتعريف بالمصطلحات الواردة فى الكتاب والألفاظ الغريبة - التى رأيتها تحتاج إلى ذلك .

٧- وثّقت النصوص التى أوردها المصنف عن السابقين من أصولها المطبوعة مع مقارنتها بأصولها والإشارة إلى أهم الفروق - إن وجدت .

٨-عندما يذكر المصنف الخلاف بين المذاهب فى مسألة فقهية أذكر ملخّصا لها فى الهامش : فأذكر الأقوال وأصحابها من الأئمة الأربعة غالباً ، وقد أذكر مذهب الظاهرية وغيرهم فى بعض المسائل .

وأوضح المشهور فى المذهب وأحقق ما ينسبه المصنف للفقهاء ، لأنه قد ينسب إلى المذهب قولاً لم يشتهر عنه - حسب ما ظهر لى فى الكتب التى اطلعت عليها [١].

وأنقل بعض الأدلة والمناقشات التى وردت فى المسألة ولم يتطرق إليها المصنف .

ثم أوثّق ذلك بعدد من المصادر المعتمدة فى كل مذهب .

٩- عَني المصنف - رحمه الله تعالى - ببيان الأقوال والأوجه فى المذهب الشافعي ، لكن قد يذكر أن فى المسألة قولين [٢] وأجد في مصادر الشافعية الأخرى أنهما وجهان - وقد يذكر بعض الأوجه ويترك الآخر [١].فأشير إلى ذلك ، وأوثق الأقوال من الأم والمختصر - أو من أحدهما ،

١- انظر بيان منهج المصنف ص ٣٠ .

٢- وهذا لا يلزم منه أن من بعده اطلع على ما لم يطلع عليه المصنف - لكن لعل هذا اصطلاحه .

ثم أذكر عدداً من كتب الشافعية التي ذكرت المسألة وأبين الأظهر من الأقوال ، والأصح من الأوجه غالباً - حسب الاصطلاح الذى اعتمده النووى فى مقدمتى روضة الطالبين والمنهاج .

١٠- وضعت فى آخر الرسالة فهارس تفصيلية لما تضمنه كلام المصنف من : الآيات ، والأحاديث والآثار ، والأعلام ، والكتب ، والمصطلحات والألفاظ الغريبة المشروحة ، والمصادر ، والموضوعات .

● النسخ المعتمدة فى التحقيق :

وجدت - بحمد الله تعالى - صور أربع نسخ مخطوطة من الكتاب حوت الموضوعات التى اخترت تحقيقها - وهى موجودة فى مركز إحياء التراث الإسلامي بالجامعة .

وبعد الفراغ من مقابلتها كلها علمت بأن نص الكتاب قد طبع سنة ١٤١٤ هـ وصار متداولاً ، فأخذت هذه النسخة المطبوعة وقابلتها كذلك على النص الذي قد كتبته - فظهر لي عدد من الفروق .. وهذا بيان تفصيلى بتلك النسخ :

● النسخة الأولى : ورمزت لها بالحرف (أ) .

مسجلة فى المركز تحت رقم [٦٩] - فقه شافعي - ، مصورة عن دار الكتب المصرية رقم [٨٢] .

وهى بالخط الكوفي الجيد ، وبدون تأريخ ، والناسخ : محمد السيوطي . عدد أوراق القسم الذي أحققه ثمانون ورقة ، فى كل صفحة واحد وعشرون سطراً غالباً ، وفى السطر تسع كلمات تقريبا - وهذا القسم فى الجزء الثامن من لوحة ٦٧ إلى ١٤٧ ، وهي من أحسن نسخ الكتاب وأقلها سقطا ، ولم تسلم منه ؛ فقد يسقط منها حديثان متتابعان [١].

● النسخة الثانية : ورمزت لها بالحرف (ب) :

مسجلة فى المركز تحت رقم [٢٣] - فقه شافعي - مصورة عن دار الكتب المصرية رقم [٨٣] :

الخط : نسخ قديم ، والناسخ : عليّ بن عبد الله بن محمد السيوطي .

١- انظر ص ٤٠ ، ٤١ ، ٥٥ ، ٥٨ ، ٩٦ ، ٢٠٣ ، ٢٢٢ ، ٢٥١ ، ٣٣٣ ، ٣٣٧ ، ٣٣٨ ..

لم أجد عليها ترقيماً لعدد الورق ؛ ولكن كتب فى آخر اللوحة اليمنى ما يسمى «التعقيبة» .

والقسم الذي أحققه حوالي أربع وخمسون ورقة ، وفي كل صفحة ثلاثة وعشرون سطراً ، فى السطر ثلاث عشرة كلمة تقريباً .

وهذه النسخة من أتم النسخ ، وفيها تكرار أحياناً ، وقد قوبلت على نسخة أخرى حيث كتب كثير من الساقط فى الهامش ، ومكتوب فى آخر «كتاب الصلح» [١]، وفى أثناء كتاب الحوالة [٢] أيضا : (بلغ مقابلة) .

● النسخة الثالثة : ورمزت لها بالحرف (جـ) :

مسجلة فى المركز تحت رقم [٩٠] - فقه شافعي - مصوّرة عن دار الكتب المصرية رقم [١٩٠] .

الخط : نسخ جيّد ، بدون تأريخ ، لم يذكر الناسخ .

وعدد الأوراق التي حققتها حوالي أربع وستون ورقة ، وفى الصفحة واحد وعشرون سطراً ، والسطر يشتمل على ثنتي عشرة كلمة - غالباً .

وهذه النسخة شبيهة بالتى قبلها فى مواضع السقط ونحوه وكأنهما على نسخة واحدة - إلا أن هذه خالية من استدراك الساقط فى الهامش - ويظهر أنها لم تقابل على أصلها .

وأحياناً تنفرد هذه بسقط طويل يصل إلى أربعة عشر سطراً [٣] .

● النسخة الرابعة : ورمزت لها بالحرف (د) :

مسجلة فى المركز تحت رقم [٣٣] - فقه شافعي - مصوّرة عن مكتبة أحمد الثالث - استانبول - تركيا - رقم ٧٦٩/٤ وهى بخط النسخ ، ولم أجد ذكراً للناسخ .

وعدد الأورق المطلوبة هنا ست وأربعون ورقة ، وفى كل صفحة من عشرين إلى اثنين وعشرين سطراً ، وفى السطر خمس عشرة كلمة تقريبا .

١- ص ١٨٨ .

٢- ص ٢٠٣ .

٣- انظر ص ٥٥ ، ٥٦ .

وهى حسنة الترتيب ومرقمة ووضعت المسائل والفصول والحالات بخط بارز ، إلا أن هذه النسخة كثيرة السقط والأخطاء في النحو .

● النسخة الخامسة : وهى المطبوعة ، ورمزت لها بالحرف (م) :

بعد أن قابلت النص على صور النسخ المخطوطة الأربع و حققت جزءاً من الكتاب علمت بأن نص الكتاب قد طبع فأخذت النسخة المطبوعة ووجدت الموضوعات التي أحققها بلغت مائة وأربع صفحات ، وهى في الجزء السادس من ص ٣٦٤ إلى ص ٤٦٨ .

وقد طبعتها دار الكتب العلمية سنة ١٤١٤ هـ ، وتوزعها دار الباز بمكة ، وعليها تعليقات قليلة على بعض الأحاديث التي في الكتاب .

وقمت بمقابلة هذه النسخة على النص الذي كتبته وأثبت الفروق المهمة - ووجدت فيها بعض التصحيف والسقط [(١)].

● وأخيراً : فإنه لا يسعني إلا أن أحمد الله تعالى وأشكره كما يحب ربنا ويرضى .

ثم أشكر جامعة أم القرى والقائمين عليها على ما توليه طلبة العلم من اهتمام ، وعلى ما سهّلته من طرق في مواصلة الدراسات العليا - ومن ذلك الخطوة المباركة فى الدراسات المسائية .

كما أشكر القائمين على كلية الشريعة ومركز الدراسات العليا الإسلامية المسائية من إداريين وأساتذة على ما يقدمونه للطلاب من عون وفائدة .

وأنوّه هنا بما وجدناه - نحن الطلاب - من صاحبي الفضيلة :

الشيخ الدكتور / عبد المحسن بن عبد الله آل الشيخ - مدير المركز سابقاً

والشيخ الدكتور/ عمر بن محمد السبيّل - مدير المركز حالياً :

من توجيه وحثّ على استغلال الوقت ، مع تواضع جمّ ومساعدة فى التغلب على المشكلات .

فجزاهما الله خيراً ونفع بهما .

ثم أشكر فضيلة المشرف على هذه الرسالة :

الأستاذ الدكتور / حسين عبد المجيد حسين أبوالعلا - وفّقه الله تعالى .

حيث أعطانا من توجيهاته وإرشاداته ، وسمح لنا أن نعرض عليه ما نحتاج إليه مما يتعلق بالبحث سواء كان فى الجامعة ، أو في بيته ، أو بالهاتف - فجزاه الله خيراً.

وجزى الله كل من ساعدنا ووجهنا إلى ما ينفعنا خير الجزاء .

وأجزل لهم المثوبة والعطاء إنه على كل شيء قدير .

وصلى الله وسلم على عبده ورسوله محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه إلى يوم الدين .

١- انظر مثلاً هامش ص ٩٦، ١١٢، ١٣٤، ٢١١، ٢١٢، ٢١٨، ٢١٩، ٢٤٨، ٢٦٨، ٢٨٧ ، ٣٤٦، ٣٤٨ .

خطة مجملة لهذه الرسالة

المقدمة .

- القسم الأول : الدراسة . وفيها فصلان :
- الفصل الأول : التعريف بالمؤلف :

وفيه أربعة مباحث : المبحث الأول : عصر المؤلف وحياته :

وفيه مطلبان : المطلب الأول : عصر المؤلف - وفيه فروع :

الفرع الأول : الناحية السياسية والاجتماعية ..

الفرع الثاني : الناحية العلمية .

الفرع الثالث : مشاركات المصنف فى أحداث عصره .

المطلب الثاني : حياة المصنف ..

المبحث الثاني : معتقده ومذهبه - وفيه مطلبان :

المطلب الأول : معتقده .

المطلب الثاني : مذهبه في الفروع الفقهية .

المبحث الثالث : آثار المصنف ومؤلفاته ..

المبحث الرابع : أشهر شيوخه وتلاميذه - وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أشهر شيوخه .

المطلب الثاني : أشهر تلاميذه .

- الفصل الثاني : التعريف بكتاب «الحاوي» وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : اسمه ونسبته وسبب تأليفه .

المبحث الثاني : أهمية «الحاوي» ومنزلته .

المبحث الثالث : منهج مصنفه فيه .

المبحث الرابع : مصطلحات مصنفه .

المبحث الخامس : مصادر الكتاب ، وتأثيره فيمن بعده - وفيه مطلبان :

القسم الأول

الدراسة

٢٦ - ٩

الفصل الأول : **التعريف بالمصنف - وفيه أربعة مباحث :**

المبحث الأول : **عصره وحياته - وفيه مطلبان :**

المطلب الأول : **عصر المصنف - وفيه فروع :**

الفرع الأول : **الناحية السياسية والاجتماعية :** لقد عاش أبو الحسن الماوردي فى الفترة ما بين أربع وستين وثلاثمائة (٣٦٤ هـ) وخمسين وأربعمائة (٤٥٠ هـ) للهجرة النبوية - وذلك فى عهد الخلافة العباسية .

ومما تميزت به تلك الحقبة من الزمن ضعف الخلافة العباسية بعد أن تسلط «بنوبويه» [(١)] عليها من سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة (٣٣٤ هـ) إلى سنة سبع وأربعين وأربعمائة (٤٤٧ هـ) وكانوا شيعة يرون عدم أحقية العباسيين فى الخلافة ، فعملوا على سلب السلطة من الخلفاء ولم يبق لهم إلا الأسماء .

وفقدت بغداد مكانتها السياسية وساءت بها الأحوال وظهر بها من الفتن ما يذهل الألباب ، وانشغل كثير من الناس باللهو والترف ..

وقد اختلط فى بغداد حينئذ أجناس من الناس فيهم العرب والترك والفرس والديلم ومنهم أهل السنة والشيعة .. فكانت تقع بينهم المصادمات والمقاتلة بين حين وآخر . وظهر بها أناس لا يراعون نظاماً ، ولا يعرفون أدباً ، بل يتبع أحدهم نفسه هواها ، ولا يزجرها عن مبتغاها ، وأطلق عليهم اسم (العيّارون) فعظم شرهم وكانوا يقتلون النفوس وينهبون الأموال [(٢)] .

١- نسبة إلى رجل من بلاد الديلم (بلاد جيلان - فى الجنوب الغربى لبحر قزوين) واسمه بويه كان رجلاً فقيراً وله ثلاثة أولاد اشتهروا في القيادات العسكرية واستطاعوا تكوين دولة واسعة .

انظر : الكامل فى التاريخ لابن الأثير ٤٤٩/٨ ، البداية والنهاية ٢١٢/١١ ، ٦٨/١٢ ، موسوعة التاريخ الإسلامى د/أحمد شلبى ٤١٤/٣ وما بعدها .

٢- الكامل فى التاريخ ٣٤٩/٩ ، ٣٩٣ ، ٤٤٠ .

ومن الفتن التى وقعت ببغداد (مقر الخلافة وبلد المصنف) [١] ما وقع بين الترك والديلم سنة ست وسبعين وثلاثمائة (٣٧٦ هـ) وسنة تسع وسبعين وثلاثمائة (٣٧٩ هـ) :

وما وقع بين أهل السنة والشيعة فى سنوات :

ثمان وتسعين وثلاثمائة (٣٩٨ هـ) وست وأربعمائة (٤٠٦ هـ) وثمان وأربعمائة (٤٠٨ هـ) وثمان عشرة وأربعمائة (٤١٨ هـ) وسبع وثلاثين وأربعمائة (٤٣٧ هـ) وثلاث وأربعين وأربعمائة (٤٤٣ هـ) وسبع وأربعين وأربعمائة (٤٤٧ هـ) .

وما حدث من تسلط الأتراك على بغداد سنة سبع عشرة وأربعمائة (٤١٧ هـ) وتسع عشرة وأربعمائة (٤١٩ هـ) - فأخذوا أموال الناس وحرقوا المنازل والأسواق .. وانتشر اللصوص والعيارون سنة عشرين وأربعمائة (٤٢٠ هـ) .

وفى سنة ست وعشرين وأربعمائة (٤٢٦هـ) انحلّ أمر الخلافة فى بغداد حتى اعتدى الجنود على أملاك الخليفة وقصره ولم يستطع هو ولا السلطان البويهى معاقبتهم ..

ومن مظاهر ضعف الخلافة العباسية كذلك انقسام الدولة المسلمة إلى دويلات منها الدولة **العلوية** التى بدأت بالأندلس سنة ست وأربعمائة (٤٠٦ هـ) [٢] والدولة **السلجوقية** التى بدأت فى خراسان سنة اثنتين وثلاثين وأربعمائة (٤٣٢ هـ) - وقد استنجد الخليفة العباسى بزعيم السلاجقة سنة سبع وأربعين وأربعمائة (٤٤٧ هـ) فدخل بغداد واستقبله الخليفة ، وأنهى حكم البويهيين . [٣] ودولة **المرابطين** التى بدأت فى بلاد المغرب سنة ثمان وأربعين وأربعمائة ،[٤]

١- انظر : الكامل فى التاريخ ٤٩/٩ ، ٦٣ ، ٢٠٨ ، ٢٦٣ ، ٣٠٥ ، ٤٥٣ ، ٣٦٦ ، ٣٩٣ ، ٤١٠ ، ٤١٨ ، ٤٤٠ ، ٥٣١ ، ٥٧٥ ، ٥٩١ ، ٥٩٧ .

البداية والنهاية ٢/١٢ ، ٦ ، ٢٠ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٣٧ ، ٥٤ ، ٦٢ ، ٦٤ .

٢- الكامل ٤٧٣/٩ ، البداية ٤٨/١٢ .

٣- الكامل ٦٠٩/٩ ، البداية ٦٦/١٢ .

٤- الكامل ٦١٨/٩ ، البداية ٦٩/١٢ .

ومما يدل على شدة ضعف الخلافة حينئذ أن قـائداً تركيـاً لآخر سلاطين «بنى بويه» ويدعى (البساسيرى) استغل ضعف الخلافة فكان صاحب السلطان الحقيقى فى بغداد بعد أن تمرد على الخليفة وعلى البويهيين فأخذ يدعو للخليفة الفاطمى في مصر ، ولما جاء السلاجقة سنة سبع وأربعين وأربعمائة ٤٤٧ هـ طردوه من بغداد ثم عاد سنة خمسين وأربعمائة ٤٥٠ هـ لانشغال السلاجقة عنه فاستولى على بغداد وأعلن تبعيته للخليفة الفاطمى وكاد أن يقتل الخليفة العباسي واستمر الوضع كذلك عاماً ، ثم رجع الحاكم السلجوقي إلى بغداد فهزم البساسيري وقتله وأعاد الخليفة العباسي ، وبدأت بغداد تستعيد مكانتها فى عهد السلاجقة لأنهم كانوا من أهل السنة فكانوا يحترمون الخليفة ويطيعونه [١] .

الفرع الثانى : الناحية العلمية :

أما الناحية العلمية فبالرغم من ضعف الخلافة العباسية ،وانقسامها ،وكثرة الفتن فى ذلك العصر ؛ إلا أنها كانت فى وضع حسن نسبياً حيث أكبّ العلماء على التوسع فى العلم ونشره،[٢] وبرز عدد من العلماء فى تلك الفترة وكثرت المصنفات [٣] .

وإن كان غلب على الفقهاء التقليد وقل المجتهدون ، واهتم أكثرهم بشرح الكتب المذهبية واختصارها .

١- الكامل ٦٠١/٩ - ٦٤٩ ، البداية ٧٦/١٢ ..

٢- انظر مقدمتي تحقيق كتابى الطهارة والحج من الحاوي .

٣- تتبعت العلماء الذين عاشوا فى عصر الماوردي فكان من أشهرهم حسب وفياتهم :

١- أبوبكر أحمد بن علي الرازى الجصّاص الحنفى المتوفى سنة (٣٧٠ هـ) مصنف كتاب : أحكام القرآن ..

٢-الإمام عليّ بن عمر الدار قطني المتوفى سنة (٣٨٥ هـ) صاحب السنن ...

٣- الإمام أبو سليمان : حمد بن محمد الخطابي المتوفى سنة (٣٨٨ هـ) . صاحب معالم السنن .

٤- أبو الحسين أحمد بن فارس المتوفى سنة (٣٩٥ هـ) من علماء اللغة وله كتاب معجم مقاييس اللغة . .

٥- الحافظ محمد بن إسحاق بن منده المتوفى سنة (٣٩٥ هـ) صاحب كتاب الإيمان ...

٦- إسماعيل بن حماد الجوهري المتوفي فى حدود سنة (٤٠٠ هـ) صاحب كتاب : الصّحاح ..

٧- أبو الوليد عبد الله بن محمد الأزدى (ابن الفرضي) المتوفى سنة (٤٠٣ هـ) صاحب : تاريخ علماء الأندلس .

٨- أبو عبد الله : محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري المتوفي سنة (٤٠٥ هـ) صاحب المستدرك على الصحيحين ...

٩- القاضى عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكى المتوفى سنة (٤٢٢ هـ) صاحب كتاب :

١٠- أبو القاسم : حمزة بن يوسف بن إبراهيم السهمى المتوفى سنة (٤٢٧ هـ) صاحب كتاب : تاريخ جرجان .

١١- عبد الملك بن محمد بن إسماعيل الثعالبي المتوفى سنة (٤٢٩ هـ) صاحب كتاب : يتيمة الدهر .

١٢- أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصفهانى المتوفى سنة (٤٣٠ هـ) صاحب : حلية الأولياء ..

١٣- أبو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفى المتوفى سنة (٤٣٠ هـ) صاحب كتاب : تأسيس النظر .

١٤- أبو عبد الله حسين بن علي الصيمري المتوفى سنة (٤٣٦ هـ) صاحب كتاب : أخبار أبى حنيفة وأصحابه .

١٥- أبو الحسين محمد بن على بن الطيب البصري المتوفي (٤٣٦ هـ) صاحب كتاب : المعتمد - ومن أئمة المعتزلة .

١٦- أبو الفرج محمد بن إسحاق بن محمد بن النديم المتوفى سنة (٤٣٨ هـ) صاحب كتاب : الفهرست .

١٧- أبو علي : الخليل بن عبد الله الخليلي المتوفى سنة (٤٤٦ هـ) صاحب كتاب : الإرشاد فى معرفة علماء الحديث .

١٨- أبو محمد علي بن محمد بن حزم الأندلسى الظاهرى المتوفى سنة (٤٥٦ هـ) صاحب : المحلّى ...

١٩- أبو بكر : أحمد بن الحسين بن على البيهقي المتوفى سنة (٤٥٨ هـ) صاحب التصانيف ومنها : السنن الكبرى ...

٢٠- أبو على : محمد بن الحسين الفراء القاضي الحنبلى المتوفى سنة (٤٥٨ هـ) صاحب العدة فى أصول الفقه ...

٢١ أبو بكر : أحمد بن علي بن ثابت (الخطيب البغدادي) المتوفى سنة (٤٦٣ هـ) وهو من تلاميذ الماوردى وله تصانيف مشهورة منها : تأريخ بغداد ..

٢٢- أبو عمر : يوسف بن عبد الله بن عبد الله البرّ الأندلسي المتوفى سنة (٤٦٣ هـ) صاحب : الاستيعاب ..

٢٣- أبو الوليد : سليمان بن خلف الباجي الأندلسي القاضي المالكي المتوفي سنة (٤٧٤ هـ) وله المنتقى فى شرح الموطأ ...

٢٤- أبو نصر علي بن هبة الله بن ماكولاً المتوفى سنة (٤٧٥ هـ) صاحب كتاب : الإكمال ..

٢٥- أبو إسحاق : إبراهيم بن علي الشيرازى المتوفى سنة (٤٧٦ هـ) صاحب التصانيف ومنها : المهذب والتنبيه فى فقه الشافعية ...

٢٦- أبو المعالى : عبد الملك بن عبد الله الجوينى (إمام الحرمين) المتوفى سنة (٤٧٨ هـ) : صاحب «نهاية المطلب» في الفقه الشافعي ، «والبرهان» فى أصول الفقه ...

٢٧- شمس الدين محمد بن أبى سهل السرخسي المتوفى سنة (٤٩٠ هـ) صاحب المبسوط .

وغير هؤلاء كثير - فرحم الله علماء المسلمين أجمعين .

انظر : الكامل من جـ ٥/٩ - إلى جـ١٠/٤٩٥ ، البداية من جـ ٢٩٧/١١ إلى جـ١٥٥/١٢ ، شذرات الذهب جـ٣/٧٠-٤٠٠ .

الفرع الثالث : **مشاركات المصنف فى أحداث عصره :**

إن أبا الحسن الماوردي كانت له مشاركات وأعمال فى ذاك العصر جعلت كتب التاريخ تذكره فى ثنايا تلك الأحداث - إضافة إلى كونه فى منصب عال ومركز مرموق فهو عندهم «قاضى القضاة» .

وأعدّد أهم الأحداث التى ذكرتها كتب التاريخ عن المصنف فيما يلى :

١- فى سنة اثنتين وعشرين وأربعمائة (٤٢٢ هـ) تولى الخلافة العباسية أبو جعفر عبد الله (القائم بأمر الله) ، فأرسل الخليفةُ أبا الحسن الماوردى إلى السلطان البويهي : الملك (أبي كاليجار) ليأخذ عليه البيعة للخليفة ، ويخطب له فى بلاده فأجاب وبايع وخطب له فى بلاده .. [(١)]

٢- كان يقع الخلاف والقتال بين سلاطين «بنى بويه» ومن ذلك ما كان بين جلال الدولة البويهي وبين ابن أخيه (أبي كاليجار) سلطان الدولة - وفى سنة ثمان وعشرين وأربعمائة (٤٢٨ هـ) ترددت الرسل بينهما من أجل الصلح والاتفاق ومن الرسل فى ذلك الصلح : (الماوردي) - وقد نجحت تلك المراسلات وعقد الصلح .. [(٢)]

٣- وفى سنة تسع وعشرين وأربعمائة (٤٢٩ هـ) أراد جلال الدولة البويهي أن يلقب بـ (ملك الملوك) فاستأذن الخليفةَ العباسيَّ (القائم بأمر الله) في ذلك فامتنع ثم أجابه إلى ذلك بشرط أن يفتي الفقهاء بجوازه .

فأفتى بعضهم بذلك ، وامتنع أبو الحسن الماوردي منه .

وجرى بينه وبين من أفتى مراجعات - ثم خُطب لجلال الدولة بـ (ملك الملوك)

فانقطع الماوردي عنه ولزم بيته خائفاً عدة أشهر فاستدعاه جلال الدولة وأكرمه ومما قاله له (.. ولم تفعل ذلك إلا لعدم المحاباة منك ، واتباع الحق ، وقد بان لي موضعك من الدين ، ومكانك من العلم ..) [(٣)] .

١- الكامل ٤١٨/٩ .

٢- الكامل ٤٥٥/٩ ، البداية ٤٠/١٢ .

٣- الكامل ٤٥٩/٩ ، البداية ٤٣/١٢ - ٤٤ .

٤- وفى سنة أربع وثلاثين وأربعمائة (٤٣٤ هـ) أرسله الخليفة إلى جلال الدولة في خلاف كان بينهما .[١]

٥- وأرسله الخليفة سنة خمس وثلاثين وأربعمائة (٤٣٥ هـ) يقرر الصلح بين الحاكم السلجوقي (طغرلبك) وبين سلاطين «بني بويه» (جلال الدولة وأبي كاليجار)

فذهب إليه بجرجان ولقيه (طغرلبك) على بعد أربعة فراسخ إجلالاً لرسالة الخليفة ، وعاد الماوردي سنة ست وثلاثين وأربعمائة (٤٣٦ هـ) وأخبر عن طاعة الحاكم السلجوقي للخليفة وتعظيمه لأوامره ..[٢]

٦- حضر أبو الحسن الماوردي العقد للخليفة العباسي (القائم بأمر الله) على بنت داود السلجوقي سنة ثمان وأربعين وأربعمائة (٤٤٨ هـ)[٣] .

وبهذا يظهر أن المصنف كان مشاركاً فى عصره على مستوى عال فكان موضع ثقة الخليفة يرسله سفيراً إلى الملوك والحكام .. ، وكان يعقد الصلح بين الملوك ، وكان متميزاً فى فتواه متمسكاً بما أوصله إليه اجتهاده ..

المطلب الثاني : **حياة المصنف :**

فى سنة أربع وستين وثلاثمائة للهجرة النبوية (٣٦٤ هـ) ولد أبو الحسن : عليّ بن محمد بن حبيب الماوردي فى مدينة البصرة - وذلك فى أيام الخليفة العباسى (الطائع لله) وينسب إلى ماء الورد حيث كان بعض أجداده يبيعه ..

ولقبُه : «قاضي القضاة» لتولية القضاء فى أكثر من بلد واشتهاره بهذا المنصب .

وقد نشأ بالمدينة التى ولد بها «البصرة» ، وتلقى بها علومه الأولى على يد عدد من العلماء المشهورين حينئذ ، وكما هى عادة العلماء فى الحرص على العلم والرغبة فى الاستزادة منه فقد رحل الماوردي من البصرة متوجهاً إلى عاصمة الخلافة العباسية حيث انتشار العلماء واشتهارهم .

فذهب إلى «بغداد» واختار من علمائها وأخذ عنهم واستفاد منهم فى الحديث والفقه واللغة ..

١- الكامل ٥١١/٩ .

٢- الكامل ٥٢٢/٩ ، البداية ٥١/١٢ .

٣- الكامل ٦١٧/٩ ، البداية ٦٨/١٢ .

واستمر على مذاكرة العلم حتى حفظ مذهب الإمام الشافعى - رحمه الله تعالى - وصار واحداً من أئمة المذهب .

ثم أقبل على التدريس والتصنيف فى التفسير والفقه والأصول والأدب والسياسة ..

وأخذ عنه تلامذة اشتهروا بعد ذلك ..

وقد عُيِّن قاضياً فى عدد من البلدان ثم اشتهر بذلك وأطلق عليه «قاضى القضاه» أو «أقضى القضاة» وذلك فى سنة تسع وعشرين وأربعمائة (٤٢٩ هـ) وعمره حينئذ خمس وستون سنة .[١]

وكان مكرماً عند الخلفاء والسلاطين ، يتولى الإصلاح بينهم فى خلافاتهم ، ويرسله الخلفاء إلى ولاتهم .

وكان يتمتع بصفات عظيمة منها : التواضع والحلم والوقار والحفظ والورع والإخلاص فى الفتوى ..

وقد تميز بعلمه الغزير وتصانيفه المشهورة مما يدل على تفنن فى سائز العلوم ..

عاش الماوردى ستاً وثمانين سنة ، وفى سنة خمسين وأربعمائة للهجرة (٤٥٠ هـ) توفى أبو الحسن الماوردي فى بغداد . رحمه الله وعفا عنه .[٢]

١- ورد النهي أن يتسمى الرجل «ملك الأملاك» فقال الرسول صلى الله عليه وسلم «أخنع الأسماء يوم القيامة عند الله تعالى رجل تسمى ملك الأملاك» رواه البخاري فى صحيحه ٥٨٨/١٠ ، ومسلم فى صحيحه ١٦٨٨/٣ .

واختلف العلماء فى تسمة «قاضي القضاة» فمنعه بعضهم قياساً على «ملك الأملاك» - ولا ينبغى أن يعظم المخلوق بما يشبه ما يعظم به الخالق جل وعلا .

انظر : فتح الباري ٦٠٦/١٠ ، قرة عيون الموحدين ٢١٣ ، معجم الأدباء ٥٢/١٥ .

٢- انظر ترجمة المصنف فى :

تاريخ بغداد للخطيب ١٠٢/١٢ ، طبقات الفقهاء للشيرازى ١١٠ ، الأنساب للسمعاني ١٨١/٥ ، المنتظم لابن الجوزى ١٩٩/٨ ، وفيات الأعيان لابن خلكان ٤٤٤/٢ ، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٣٥/١ العبر للذهبي ٢٢٦/٣ ، سير أعلام النبلاء ٦٤/١٨ ، ميزان الاعتدال ١٥٥/٣ ، مرآة الجنان لليافعى ٧٢/٣ ، معجم الأدباء لياقوت الحموي ٥٣/١٥ ، طبقات الشافعية الكبرى للسبكى ٢٦٧/٥ ، البداية والنهاية لابن كثير ٨٠/١٢ .

لسان الميزان لابن حجر ٢٦٠/٤ ، النجوم الزاهرة لابن تغرى بردى ٦٤/٥ ، شذرات الذهب لابن العماد الحنبلى ٢٨٥/٣ ، طبقات المفسرين للسيوطى ٢٥ - بالإضافة إلى مقدمات الرسائل التى عنيت بتحقيق موضوعات الحاوي وغيره من كتب المصنف ، وبعض الكتب المستقلة فى الكلام عنه .

وقد أثنى عليه عدد ممن ترجم له منهم تلميذه الخطيب البغدادي الذي يقول فى تاريخ بغداد : (كان من وجوه الفقهاء الشافعيين ، وله تصانيف عدة فى أصول الفقه وفروعه وغير ذلك)[١]

ويقول الشيرازي فى طبقات الشافعية : (.. وكان حافظاً للمذهب)[٢]

وقال ابن الجوزي وابن كثير عنه : (صاحب الحاوي الكبير ، وشيخ الشافعية ، صاحب التصانيف الكثيرة .. كان حليماً وقوراً أديبا)[٣]

وقال الذهبي فى سير أعلام النبلاء : (.. العلامة ، صاحب التصانيف ، كان حافظاً للمذهب .. ومن طالع كتاب «الحاوي» له يشهد له بالتبحر ، ومعرفة المذهب)[٤]

وقال السبكي فى الطبقات الكبرى : (الإمام الجليل القدر ، الرفيع المقدار ، له اليد الباسطة فى المذهب ، والتفنن التام فى سائر العلوم ..)[٥]

وقال ابن العماد الحنبلى فى شذرات الذهب : (وكان إماماً فى الفقه والأصول والتفسير ، بصيراً بالعربية ، ولي قضاء بلاد كثيرة ، واتهم بالاعتزال فى بعض المسائل بحسب ما فهم عنه فى تفسيره ..)[٦]

١- ١٠٢/١٢ .

٢- ص ١١٠ .

٣- المنتظم ١٩٩/٨ ، البداية والنهاية ٨٠/١٢ .

٤- ٦٤/١٨، ٦٥ .

٥- ٢٦٧/٥ .

٦- ٢٨٥/٣ .

المبحث الثانى : **معتقده ومذهبه - وفيه مطلبان :**

المطلب الأول : **معتقده :**

إن الكلام عن عقائد الناس وتصنيفهم من الصعوبة بمكان ، وينبغى عند الكلام فى هذا المطلب أن يقصد المتكلم بيان الحق ، وهدى الخلق ورحمتهم والإحسان إليهم - وإن لم يقصد ذلك لم يكن عمله صالحا [١] .

وحيث إنه يلزمني هذا المطلب ضمن الدراسة عن المصنف فقد كتبت فيه بحسب ما ظهرلي - والله المستعان .

وأبو الحسن الماوردي قد اتهمه ابن الصلاح بأنه يوافق المعتزلة فى بعض المسائل فقال : (هو متهم بالاعتزال .. ثم هو ليس معتزلياً مطلقاً فإنه لا يوافقهم فى خلق القرآن ، ويوافقهم فى القدر) [٢] .

وسبقت الإشارة إلى ما قاله ابن العماد الحنبلي عن الماوردي وفيه :

(واتهم بالاعتزال فى بعض المسائل بحسب مافهم عنه فى تفسيره .

نعم يوافقهم فى القول فى القدر وهى بليّة على البصريين ، ولا يوافقهم في جميع مسائلهم) .

وقال الذهبى عنه : [٣] (صدوق فى نفسه لكنه معتزلى) .

فقال ابن حجر فى لسان الميزان : [٤] (ولا ينبغى أن يطلق عليه اسم الاعتزال) .

وقال ياقوت الحموي : [٥] (كان عالماً بارعاً متفننا ، شافعياً فى الفروع ، ومعتزليا فى الأصول - على ما بلغني عنه - والله أعلم) .

١- انظر : منهاج السنة النبوية لشيخ الإسلام ابن تيميه ٥/٢٣٩ .

٢- نقل هذا عنه : الذهبى فى سير أعلام النبلاء ١٨/٦٥ ، تاج الدين السبكى فى الطبقات الكبرى ٥/٢٧٠ .

٣- ميزان الاعتدال ٣/١٥٥ .

٤- ٤/٢٦٠ .

٥- معجم الأدباء ١٥/٥٣ .

وقد نقل المحققون لبعض ما كتبه المصنف - فى الحاوي وغيره - هذه التهمة وناقشوها ثم اختلفت النتيجة :

فأكثرهم نفى ذلك عن المصنف واستدل على أنه برىء من الاعتزال .[١]

وبعضهم لم يستبعد ذلك .[٢]

وإن التفسير الذى ألفه المصنف واسمه (النكت والعيون) هو مظنه بيان المسألة .

وقد رجعت إليه ونظرت فى تفسيره للآيات التي يتبين منها اتجاه مصنفه فظهر لي ما يلى :

١- أن الماوردي يذكر أكثر الأقوال فى تفسير الآية وقلّما يعلق عليها وعلى هذا فإنه يذكر آراء المعتزلة ونحوهم بدون أى تعليق أو تنبيه للقارىء - وهذا مأخذ على المفسّر وقد يكون سبباً فى اتهام المصنف بأنه من المعتزلة .

٢- أنه عندما يفسر الآية التى فيها إثبات صفة لله تعالى :

يذكر أقوال الذين يؤولونها ولا يذكر مذهب السلف الذين يثبتونها لله تعالى كما جاءت على الوجه اللائق بالباري سبحانه من غير تعطيل ولا تمثيل - مع أنه قد التزم فى مقدمة كتابه بأن يجعله جامعاً بين أقاويل السلف والخلف .[٣]

ومن ذلك صفة العلو . حيث قال عند تفسير قول الله تعالى : «وهو العليّ العظيم» [٤]:

١- انظر مثلاً :

١- مقدمة تحقيق كتاب الطهارة من الحاوي .

٢- مقدمة تحقيق كتاب صلاة الجماعة من الحاوي .

٣- مقدمة تحقيق كتاب الحج من الحاوي .

٤- مقدمة تحقيق كتاب البيوع من الحاوي .

٥- مقدمة تحقيق كتاب النكاح من الحاوي .

٢- انظر مثلاً : مقدمة تحقيق باب القسامة من الحاوي .

مقدمة تحقيق كتاب : أدب الدنيا والدين للمصنف .

٣- مقدمة تفسيره ٢١/١ .

٤- من الآية (٢٥٥) سورة البقرة .

(فى العليّ تأويلان :

أحدهما : العلي بالاقتدار ونفوذ السلطان .

والثانى : العلي عن الأشباه والأمثال) [١]

وعند تفسير قول الله تعالى : «وهو القاهر فوق عباده» [٢]

قال : (فيه قولان :

أحدهما : أن معناه القاهر لعباده ، وفوق صلة زائدة !

والثانى : أنه بقهره لعباده مستعل عليهم ، فكان قوله «فوق» مستعملا على حقيقته كقوله تعالى : « يد الله فوق أيديهم » - لأنها أعلى قوّة .

ويحتمل ثالثاً : وهو القاهر فوق قهر عباده ، لأن قهره فوق كل قهر) . [٣]

وقال فى تفسير الاستواء عند قول الله تعالى :«ثم استوى على العرش» : [٤]

(فيه قولان :

أحدهما : معناه استوى أمره على العرش - قاله الحسن .

والثانى : استولى على العرش ..) [٥]

وقال فى صفة اليد الثابتة لله على ما يليق بجلاله - قال عند تفسير قول الله تعالى : «بل يداه مبسوطتان» [٦] :

(فيه أربعة تأويلات :

أحدها : أن اليدين ها هنا النعمة ..

والثانى : اليد ها هنا القوة ..

والثالث : أن اليد الملك ..

والرابع : أن التثنيه للمبالغة فى صفة النعمة ..) [٧]

١- النكت والعيون ٣٢٦/١ ، وانظر : ٩٩/٢ ، ١٢٣/٢ ، ١٩٢/٣ ، ١١١/٥

٢- من الآية (١٨) سورة الأنعام .

٣- النكت والعيون ٩٩/٢ .

٤- من الآية (٥٤) سورة الأعراف .

٥- النكت والعيون ٢٢٩/٢ ، وانظر : ٩٢/١ ، ١٧٢/٥ .

٦- من الآية (٦٤) سورة المائدة .

٧- النكت والعيون ٥١/٢ ، وانظر : ٣٨٤/١ ، ٩٩/٢ ، ١١١/٥ ، ١٣٤/٥ .

- وهكذا عندما يتكلم عن الصفات الأخرى [١] فإنه يذكر عدداً من الأقوال غالباً ليس منها مذهب السلف الذين يثبتونها لله - كما أثبتها الله لنفسه - حقيقة من غير تأويل ولا تمثيل وكما يليق بجلال الله وعظمته «ليس كمثله شيء وهو السميع البصير» [٢].

المطلب الثاني : **مذهبه فى الفروع الفقهية :**

من علم بموضوع كتاب الحاوي ونظر فيه تأكد أن المصنف شافعي المذهب ، بل هو من أئمة المذهب وأصحاب الوجوه .

فقد شرح مختصر المزني فى علوم الشافعي ، وكان ممن نشر هذا المذهب وحفظ كثيراً من أقوال علمائه .. [٣]

وعندما يبحث مسألة خلافية بين المذاهب فإنه يبدأ بمذهب الشافعى ويوافقه غالباً ويغلّط ما عداه ويناقش المخالفين ويجيب عن أدلتهم .

المبحث الثالث : **آثار المصنف ومؤلفاته :**

لقد عمل المصنف فى التدريس واشتغل بالقضاء مدة طويلة ومع ذلك فقد ترك عدداً من المصنفات فى التفسير والفقه والسياسة والأدب وغيرها - تدل على أنه أعطى العلم اهتماماً واسعاً - ومن أهم مؤلفاته :

١- النكت والعيون : تفسير للقرآن الكريم - حيث أراد ه جامعاً بين أقاويل السلف والخلف ، وموضحاً عن المؤتلف والمختلف ، وقدم لتفسيره فصولاً ، تكون لعمله أصولاً [٤] ، وفى مقدمته كلام مفيد عن أسماء القرآن ، ومعنى السورة والآية ، وعن إعجاز القرآن وكيفية تفسيره ، وحكم الاستعاذة ... ثم شرع فى التفسير - وقد طبع الكتاب محققا .

٢- الحاوي : فى الفقه وسيأتى كلام مستقل عنه لأنه أساس هذه الدراسة .

٣- الإقناع : مختصر فى فقه الشافعية وهو مطبوع .

١- مثل صفة :
المعية ٣٠١/٢ ، ٤٧٠/٥ ، التجلى ٢٥٨/٢ ، المجيء ١٩٠/٢ ، المناداة ٣٩٦/٣ ، ١٩٨/٦ ، الغضب ٦١/١ ، الكتابة ٢٥٩/٢ ، التعجب ٩٤/٣ ، ٤١/٥ ، الرحمة ١١٩/٢ ، الوجه ١٧٧/١ ، ١١٨/٢ ، ٢٧٣/٤ ، النفس ٤٠٤/٣ ،العين ٤٦٩/٢ ، ٤١٢/٥ ، الساق ٧١/٦ .

٢- من الآية (١١) سورة الشورى .

٣- انظر مصادر ترجمة المصنف - وقد سبقت قريباً .

٤- مقدمته ٢١/١ .

٤- الأحكام السلطانية والولايات الدينية : كتب فيه عشرين باباً تتعلق بأحكام ولاة الأمور وبين مذاهب الفقهاء فيها .. وذكر الأسس التي تقوم عليها الدولة ونظامها وأنواع الوزارات والقضاء وأحكام العقوبات والحسبة .. وهو مطبوع

٥. قوانين الوزارة وسياسة الملك : وقد تكلم فيه عن واجبات الوزير وحقوقه ..

وقد طبع تحت عنوان : أدب الوزير ، ثم حققه د / محمد بن سليمان داود ، ونشره تحت عنوان : الوزارة سنة ١٩٧٦ م .

٦- أدب الدنيا والدين ، تكلم فيه عن الآداب العامة والأخلاق التى يتحلى بها الإنسان والمجتمع وقد طبع عدة طبعات .

٧- أعلام النبوّة : وقد تكلم فيه عن إثبات النبوات والأدلة عليها وذكر عدداً من معجزات محمد صلى الله عليه وسلم ، مع مقدمة فى الأدلة وأنواعها وطرق إثبات النبوّة .

وقد طبعته دار إحياء العلوم فى بيروت سنة ١٤٠٨هـ .

٨- تسهيل النظر وتعجيل الظفر : وهو كلام عن السياسة وصفات السلطان وأخلاقه ، وقد طبعه المركز الإسلامى للبحوث فى بيروت ونشره سنة ١٩٨٧ م وهو محقق .

المبحث الرابع : **أشهر شيوخه وتلاميذه - وفيه مطلبان :**

تمهيد : مما لاشك فيه أن عالماً كأبي الحسن الماوردي قد عاش ما يزيد على ثمانين سنة وتبحر فى علوم متعددة له شيوخ كثيرون وطلاب أكثر فقد برع فى الفقه والتفسير وعلم السياسة والأخلاق وغير ذلك .

إلا أن هذا المبحث سيكون فى أشهر شيوخه وأشهر تلاميذه لصعوبة الاستقصاء وتعذر الإحصاء .

وبالنظر إلى هؤلاء الأعلام من شيوخ للمصنف وتلاميذ له نجد أنه عاش فى حلقة قوية من العلماء آخذاً ممن قبله معطياً لمن بعده فرحم الله علماء المسلمين أجمعين .

المطلب الأول : **أشهر شيوخه :**

١- أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين الصَّيْمَري - البصري ، المتوفي سنة ست وثمانين وثلاثمائة للهجرة (٣٨٦ هـ) على الأظهر .

وهو من أئمة الشافعية وأصحاب الوجوه ، كان حافظاً للمذهب وله تصانيف [١] .

وقد أخذ عنه الماوردي الفقه قبل أن يرتحل من البصرة إلى بغداد .

٢- أبو حامد : أحمد بن محمد بن أحمد الإسفراييني ، شيخ الشافعية فى العراق فى القرن الرابع كان قوي الحجة والمناظرة ، وروى الحديث عن الدار قطني وغيره ، وشرح مختصر المزني فى خمسين مجلداً وكان يقال له الشافعي الثاني . وهو شيخ للماوردي في الفقه فى بغداد ، وقد توفي الإسفراييني سنة ست وأربعمائة للهجرة (٤٠٦ هـ) [٢] .

٣- أبو محمد : عبد الله بن محمد الخوارزمى البخاري البافى - بالفاء - نزيل بغداد وهو من أئمة الشافعية وأصحاب الوجوه ، وكان ماهراً فى العربية كان من أفقه أهل وقته فى المذهب الشافعي توفي سنة ثمان وتسعين وثلاثمائة (٣٩٨ هـ) . [٣]

وقد أخذ عنه الماوردي في الفقه بعد أن ارتحل إلى بغداد .

٤- أبو القاسم جعفر بن محمد بن الفضل بن عبد الله الدقاق ، وهو ابن المارستاني البغدادي المتوفى سنة سبع وثمانين وثلاثمائة (٣٨٧ هـ) [٤] .

وقد أخذ عنه الماوردي الحديث .

٥- محمد بن المعلى بن عبيد الله الأسدى الأزدى . [٥]

أخذ عنه علوم العربية .

١- ترجمته فى : تهذيب الأسماء واللغات للنووي ٢٦٥/٢ ، طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكى ٣٣٩/٣ طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١٨٨/١ .

٢- ترجمته فى تاريخ بغداد ٣٦٨/٤ تهذيب الأسماء ٢٠٨/٢ ، طبقات السبكى الكبرى ٦١/٤ ، البداية ٢/١٢ وفيات الأعيان ٥٥/١ ، المنتظم ٢٧٧/٧ .

٣- ترجمته فى الطبقات الكبرى للسبكى ٣١٧/٣ ، البداية والنهاية ٣٤٠/١١ ، المنتظم ٢٤١/٧ النجوم الزاهرة ٢١٩/٤ ، شذرات الذهب ١٥٢/٣ .

٤- ترجمته فى تاريخ بغداد ٢٣٣/٧ ، ميزان الاعتدال ٤١٦/١ ، المنتظم ١٩١/٧ .

٥- ترجمته فى معجم الأدباء ٥٥/١٩ ، بغية الوعاة للسيوطى ١٠٦ ، الوافى بالوفيات للصفدي ٤٣/٥ .

المطلب الثاني : **أشهر تلاميذه:**

١- أبو بكر : أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي - الخطيب البغدادي المشهور ، مصنف «تاريخ بغداد» ، وهو أحد الأعلام والماهرين بالحديث ، وصنف «الكفاية في علم الرواية» وغيره توفي سنة ثلاث وستين وأربعمائة (٤٦٣ هـ) ، أي بعد الماوردي بثلاث عشرة سنة ، وقد أخذ عنه الفقه في بغداد [١] .

٢- أبو الفضل : أحمد بن الحسين بن خيرون الباقلاني المتوفى سنة ثمان وثمانين وأربعمائة (٤٨٨ هـ) وقد أخذ الفقه عن الماوردي [٢] .

٣- أبو الفضل : عبد الملك بن إبراهيم بن أحمد المقدسي الهمداني ، كان بارعاً في الفرائض ، وطلب منه أن يلي القضاء فامتنع ، قيل : إنه بلغ رتبة الاجتهاد ، وقد أخذ عن المصنف الفقه في بغداد ، وكانت وفاة المقدسي سنة تسع وثمانين وأربعمائة (٤٨٩ هـ) [٣] .

٤- محمد بن أحمد بن عبد الباقي بن حسين الربعي ، أبو الفضائل الموصلي المتوفى سنة أربع وتسعين وأربعمائة (٤٩٤هـ) ، وقد أخذ عن الماوردي الفقه[٤] .

٥- أبو بكر : أحمد علي بن بدران الحلواني - بضم الحاء - روى عن القاضي أبي الطيب والماوردي وأبي إسحاق الشيرزاي .. وكان من شيوخ بغداد وله تصانيف ، وقد توفي سنة سبع وخمسمائة[٥] . (٥٠٧ هـ)

١- له ترجمة في الأنساب ١٦٦/٥ ، تذكرة الحفاظ ١١٣٥/٣ ، الطبقات الكبرى للسبكي ٢٩/٤ النجوم الزاهرة ٨٧/٥ ، شذرات الذهب ٣١١/٣ .

٢- ترجمته في المنتظم ٨٧/٩ ، ميزان الاعتدال ٩٢/١ ، مرآة الجنان ١٤٧/٣ ، البداية ١٤٩/١٢ .

٣- انظر : الطبقات الكبرى للسبكي ١٦٢/٥ ، المنتظم ١٠٠/٩ ، طبقات ابن قاضي شهبة ٢٧٤/١ طبقات الشافعية للإسنوي ٥٢٩/٢ .

٤- انظر : طبقات السبكي الكبرى ١٠٢/٤ ، البداية والنهاية ١٦١/١٢ ، المنتظم ١٢٦/٩ .

٥- انظر : طبقات السبكي الكبرى ٢٨/٦ ، تذكرة الحفاظ ١٢٤١/٤ مرآة الجنان ١٩٣/٣ ، شذرات الذهب ١٦/٤ .

٦- أبو الحسن العبدرى : على بن سعيد بن عبد الرحمن ، تفقه على أبى إسحاق الشيرازى وسمع من الماوردي ، برع فى الفقه وصنف فيه ،.وتوفى فى بغداد سنة ثلاث وتسعين وأربعمائة (٤٩٣هـ)[1].

٧- أبو العباس : أحمد بن محمد بن أحمد الجرجانى ، قاضى البصرة وشيخ الشافعية بها ، تفقه على الشيرازى وأخذ عن الماوردى فى الحديث ، كان أديبا ، وله تصانيف كثيرة ، مات أثناء رجوعه من أصبهان إلى البصرة سنة اثنتين وثمانين وأربعمائة (٤٨٢هـ)[2].

١- الطبقات الكبرى السبكى ٢٥٧/٥ ، طبقات الشافعية لابن قاضى شهبة ٢٧٧/١ ، طبقات الشافعية للإسنوى ١٩١/٢ ، هدية العارفين ٦٩٤/١ .

٢- المنتظم ٥٠/٩ ، طبقات الشافعية لابن قاضى شهبة ٢٦٧/١ ، طبقات الشافعية لابن هداية الله ١٧٨ .

الفصل الثاني : التعريف بكتاب الحاوي - وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : اسمه ونسبته وسبب تأليفه :

يسمى هذا الكتاب : الحاوي - سماه بذلك مصنفه وقال : (وترجمته بالحاوى)[١]. وبعضهم يقيده بالحاوى الكبير[٢]لأن فى المذهب كتباً أخرى بهذا العنوان[٣].

ولا شك فى نسبة الحاوى للماوردى ، وكل منهما مشهور بصاحبه .

وقد صنفه أبو الحسن شرحاً لمختصر المزنى[٤]الذى لقي عناية بالغة عند الشافعية فقام عدد[٥] منهم بشرح المختصر ومنهم الماوردى .

وكان أبو إبراهيم المزنى قد اختصر علم الشافعى ومعانى أقواله فى الجامع الصغير (المختصر)[٦]- وعليه يعوّل أصحاب الشافعى[٧].

١- مقدمته .

٢- هذا التقييد متقدم ، وممن قيده بذلك ابن الجوزى فى المنتظم ١٩٩/٨ ، وابن كثير فى البداية ٨٠/١٢ - فى ترجمة المصنف .

٣- منها «الحاوى» لمحمد بن سعيد بن محمد بن أبى القاضى ، شرح فيه «الجامع الكبير» للمزنى وقال السبكى فى الطبقات الكبرى ١٦٤/٣ : ومنه أخذ الماوردي اسم كتابه .
ومنها أيضاً كتاب : الحاوي للفتاوى - لجلال الدين - السيوطى ..

٤- أبو إبراهيم : إسماعيل بن يحي بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق المزنى نسبة إلى قبيلة مزينة - من قبائل اليمن .
ولد بمصر سنة خمس وسبعين ومائة للهجرة (١٧٥هـ) ونشأ بها ، من مشايخه الإمام الشافعى الذى نصحه بتعلم الفقه وترك علم الكلام .
وبعد أن تعلم جلس للتدريس والإفتاء ، وصنف الجامع الكبير والجامع الصغير والمنثور ، أثنى عليه عدد من العلماء منهم شيخه الشافعي وكان زاهداً عالماً مجتهداً مناظراً ، صاحب حجة .
ومن أشهر تلاميذه : ابن خزيمة ، الطحاوى ، ابن أبى حاتم .
وقد توفى بمصر سنة أربع وستين ومائتين (٢٦٤هـ) وله من العمر تسعون سنة رحمه الله تعالى .
انظر ترجمته فى طبقات الفقهاء للشيرازى ٧٩، الطبقات الكبرى للسبكى ٢٣٨/١ ، تهذيب الأنساب ٢٠٥/٣ ، تهذيب الأسماء ٢٨٥/٢ ، النجوم الزاهرة ٣٩/٣ ، مرآة الجنان ١٧٧/٢ شذرات الذهب ١٤٨/٢ ، الفهرست ٢٦٦ .

٥- منهم : أبو إسحاق المروزى ، أبو على بن أبى هريرة ، أبو حامد المروزى ، أبو الطيب الطبرى ..
مقدمة رسالة تحقيق كتاب «الشهادات» من الحاوي وانظر: الطبقات الكبرى للسبكى ١٤/٥ ، كشف الظنون ١٦٣٥/٢.

٦- وقد طبع المختصر مع كتاب «الأم» للشافعى فى الجزء الثامن من ص ٩٢ - وهى النسخة التى وثقت منها نصوصه فى هذه الرسالة .

٧- الفهرست لابن النديم ٢٦٦ .

المبحث الثاني : أهيمة الحاوى ومنزلته :

يعد هذا الكتاب من كتب الفقه الإسلامي الموسعة حيث جمع المذهب الشافعى وذكر كثيراً من المسائل المقارنة بين الفقهاء مع عنايته بالأدلة والمناقشات للأقوال .

وقد أشار مصنفه إلى اطلاعه على الشروح الأخرى للمختصر ثم شرحه هو على أعدل الشروح[١] .

ومن ميزاته أنه حوى كثيراً من أقوال الصحابة والتابعين والفقهاء الذى انقرضت مذاهبهم ، أو فقدت كتبهم .

مع ما تضمنه من النصوص الشرعية المقرونة بفوائد تتعلق بها .

ثم إنه قد اعتمد عليه كثير من الفقهاء الذى ألفوا بعده فى المذهب الشافعى ، فاقتبسوا منه ونقلوا عنه - وقلما خلامنه كتاب جاء بعده للشافعية .

والذين تكلموا عن حياة الماوردي وترجموا له يصدّرون تصانيفه بهذا الكتاب لأهميته .

وقد تكلم تاج الدين السبكى عنه كثيراً فى الطبقات الكبرى ونقل عنه فى مواضع متعددة وقال عنه لما ذكر الرويانى :

(ومن تصانيفه - يعنى عبد الواحد الرويانى - البحر - وهو وإن كان أوسع كتب المذهب إلا أنه عبارة عن «حاوي» الماوردى مع فروع تلقاها عن أبيه وجده ، ومسائل أخر .

فهو أكثر من «الحاوي» فروعاً ، وإن كان «الحاوي» أحسن ترتيباً وأوضح تهذيباً)[٢] .

وقال ابن خلكان عن الحاوي أيضاً : لم يطالعه أحد إلا وشهد له - يعنى مصنفه - بالتبحر والمعرفة التامة فى المذهب[٣] .

١- مقدمته .

٢- طبقات الشافعية الكبرى ٧/ ١٩٥ .

٣- وفيات الأعيان ٢/ ٤٤٤ .

وانظر : شذرات الذهب ٣/ ٢٨٦ ، طبقات الشافعية لابن قاضى شهبه ١/ ٢٣١ .

المبحث الثالث : منهج مصنفه :

بعد أن أمضيت فى تحقيق هذه الموضوعات ما يزيد على عامين ظهر لي أن منهج مصنفه فى كتابه كما يلى :

١- تكلم عن أبواب الفقه متتابعة على ترتيب المختصر ، وكما هى طريقة الفقهاء فى ترتيب موضوعات الفقه ، ثم يقسم الكتاب إلى مسائل ، والمسائل إلى فصول ، والفصول إلى فروع .. وهذه الطريقة تختلف عما عليه المصنفون اليوم فإنهم يجعلون الفصول أولاً ثم الفروع ثم المسائل .

٢- يبدأ الباب بمقدمة يبين فيها الأصل فى الموضوع فيذكر أدلة القرآن ثم السنة ثم الأثر ثم الإجماع[١] .

وقد يسند بعض الأحاديث[٢] ، ويبين بعض العلل فى الحديث[٣] ، وقد يستدل بالأضعف قبل الأقوى[٤] منه.

٣- ينقل نص المزنى - أو بعضه - ويترجم له بـ «مسألة» ثم يشرحه مبتدئاً بتصوير المسألة ثم يفصل فيها الكلام[٥] .

٤- غالباً ما يوافق المزنى فى رأيه - وحينئذ يقول بعد نقله لكلام المزنى : (وهذا صحيح - أو - هذا كما قال)[٦] .

وأحياناً يسكت ، وقد يستدرك على المزني ويناقشه ويوهّمه[٧] .

٥- يبين مذهب الشافعية فى المسألة : فيذكر ما فيها من أقوال أو أوجه ، ويبين القديم والجديد من الأقوال ويذكر من قال بكل وجه - غالباً - ويعلل لهم[٨] .

وقد يترك بعض الأوجه فلا يذكره[٩] ، ويصحح بعضها ويرد على مخالفه وكثيرا ما يخرّج الأوجه من اختلاف أقوال الشافعى[١٠] .

١- انظر ص ٣٩ ، ١٨٩ ، ٢٣١ .

٢- ص ٤١ ، ١٨٩ ، ١٩٠ ، ٢٠٥ ، ٢٣٤ ، ٢٣٦ ، ٢٤١ . .

٣- ص ١١١ ، ٢١٠ .

٤- كاستدلاله على مشروعية الصلح بحديث أبى أيوب وحديث كثير المزني مع أن فى الباب أصح منها - انظر ص ٤٠ ، ٤١ .

٥- ص ٤٩ ، ٦٠ ، ٦٦ ، ٧٥ ، ٩٩ ، ٢٢٠ .

٦- ص ٤٦ ، ٤٩ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٦ ، ٨٨ ، ٩٠ ، ٩٥ ...

٧- ص ٧٤ ، ٨٠ ، ١٧٥ ، ١٨٠ ، ١٨١ .

٨- ص ٤٤ ، ٦١ ، ٦٣ ، ٧١ ، ١٠٤ ، ١١٧ ، ١٣٤ ، ١٤٥ ، ١٩٥ ، ١٩٩ ، ٢٠٣ ، ٢٤٤.

٩- ص ١٢٣ ، ١٢٩ ، ١٣٥ ، ١٣٧ ، ١٥٣ ، ١٥٥ ، ١٦١ ، ١٦٤ ، ١٦٨ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٦٣ ، ٢٦٦ ، ٢٧٥ ، ٢٨٠ ، ٢٩١ ، ٣١٠ ، ٣١١ ، ٣١٣ .

١٠- ص ١١٢ ، ١٢٠ ، ١٢٣ ، ١٦١ ، ١٦٨ ، ١٨٣ ، ٢٢٤ ، ٢٦٣ ، ٢٦٧ ، ٢٧١ ، ٢٧٢ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٣٠٢ ، ٣٢٨ .

٦- يذكر الخلاف بين المذاهب في رؤوس المسائل ويلاحظ هنا مايلي :

أ- يبدأ بذكر مذهب الشافعية ويؤخر الاستدلال له .

ب- يذكر القول - أو الأقوال المخالفة ، ويذكر أهم أدلتها .

جـ - يستدل لمذهبه ويغلّط المخالفين ، ويستطرد في ذكر الأدلة والتعليلات ، ويبين وجه الاستشهاد من الدليل ، وقد يستخدم بعض الاصطلاحات المنطقية حين التعليل .

د- يجيب عن أدلة المخالفين ، ويناقش اعتراضاتهم .[1]

هـ - قد ينسب القول إلى قائل فلا أجده ، أو المذهب إلى غير من اشتهر عنه[2] -كما ظهر لي.

ز- لم يذكر مذهب الحنابلة منسوبا إليهم في مسألة من المسائل الخلافية التي وجدتها[3].

٧- يذكر ما يبنى على الخلاف في المسألة ويفرع عليها بعض الفصول[4].

٨- يتوسع في بعض المسائل التي ترد ولها علاقة بالباب لكنها تندرج تحت باب آخر هو أقرب لها[5].

٩- يأتي ببعض القواعد والفروق ويذكر فوائد وتعليقات على بعض النصوص[6].

١- انظر ص ٥٠ ، ٦٩ ، ١٠٠ ، ١٠٨ ، ١١٢ ، ١١٤ ، ١١٨ ، ١٢٥ ، ١٣٠ ، ١٤٠ ، ١٤٥ ، ١٤٩ ، ١٦٣ ، ٢٠٨ ، ٢١١ ، ٢٤٣ ، ٢٥٣ .

٢- ص ١١٨ ، ١٤٠ ، ١٩٦ ، ٢٥٦ .

٣- ظن بعض الناس أن الإمام أحمد بن حنبل محدث وليس بفقيه فلم يذكر خلافه ، ومن أراد الإنصاف فليرجع إلى الإنصاف - وغيره - يرى الروايات عنه التي تدل على مكانته في الفقه . واشتهاره في الحديث صحيح وهذه ميزة له ولمذهبه الفقهي -رحمه الله تعالى - .
وانظر : مقدمة تصحيح كتاب «اختلاف الفقهاء للطبري» ص ١٥ ، أصول مذهب الإمام أحمد ص ٥٨ ..

٤- ص ٩١ ، ٩٢ ، ١٢٠ ، ١٢٣ ، ١٥١ ، ١٥٢ ، ٢٠١ ، ٢٠٢ ، ٢٢٤ ، ٢٢٦ ، ٢٢٨ ، ٣١٨ ، ٣١٩ .

٥- انظر المقدمة ص ٣ .

٦- انظر ص ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢٢ ، ١٢٦ ، ١٣٤ ، ٢٠٨ ، ٢١١ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، ٢٤٢ ، ٣٠٦ .

المبحث الرابع : مصطلحات المصنف :

١- الأصل : بمعنى الدليل على الحكم ،فقد قال : الأصل فى جواز الصلح .. ، الأصل فى جواز الحوالة .. والدليل على جواز الضمان وصحته[١] .

٢- نص قول فلان ، أو ظاهر قول فلان ، أو قياس قول فلان[٢] .

والنص هو الصريح من اللفظ[٣] ، والظاهر قريب منه لأنه الواضح[٤] .

إلا أن النص أقوى فى الدلالة ، أما قياس القول فهو رد الفرع إلى أصل ثبت عن المنقول عنه لعلة بينهما - لكن لم يثبت تصريحه بحكم الفرع[٥] .

٣- القولان والقول : هو ما نص عليه الإمام الشافعى - رحمه الله تعالى - فى المسألة[٦] .

٤- الوجهان والأوجه : للأصحاب يستخرجونها من كلام الشافعى على أصله ، ويستنبطونها من قواعده - وقد يجتهدون فى بعضها وإن لم يأخذوه من أصله[٧] .

٥- القديم : ما قاله الإمام الشافعى فى العراق قبل ارتحاله إلى مصر .

وأشهر من رواه عنه : الإمام أحمد بن حنبل والزعفراني والكرابيسى وأبو ثور .

٦- الجديد : ما قاله الشافعى بمصر تصنيفاً أو إفتاء .

ومن رواته : البويطى والمزنى والربيع وحرملة ويونس بن عبد الأعلى[٨] .

٧- الصحيح ، والأصح والأظهر : يطلقها على الأقوال والأوجه دون تفريق[٩] - وإن كان بعض المتأخرين كالنووي فرق في معانيها وجعل الأظهر للأقوال ، والأصح والصحيح للأوجه[١٠] .

٨- التخريج : كثيراً ما يخرج المصنف بعض الأوجه على كلام الشافعي[١١] .

(والتخريج : أن يجيب الإمام الشافعي بحكمين مختلفين في صورتين متشابهتين

١- ورد ص ٣٩ . ١٨٩ ، ٢٣١ ، وانظر تعريف الأصل في الإحكام للآمدي ٢٧٣/٢ ، الحدود للباجي ٧٠ .

٢- ورد ص ١ . ٢ .

٣- انظر : المستصفى ٣٣٦/١ ، الحدود للباجي ٤٢ ، إرشاد الفحول ١٧٨ .

٤- انظر : الإحكام للآمدي ٥٢/٣ ، المستصفى ٣٨٤/١ ، التعريفات ٧٦ .

٥- انظر : المعتمد لأبي الحسين البصري ٦٩٧/٢ ، المستصفى ٢٢٨/٢ ، أدب القاضي للماوردي ٥٥٥/١ .

٦- المنهاج للنوري ، ومغني المحتاج للشربيني ١٢/١ .

٧- مغني المحتاج ١٢/١ .

٨- السابق ١٣/١ .

٩- انظر : ص ٦٢ ، ١٢٠ ، ١٢٣ ، ١٤٨ ، ١٥٢ ، ١٧٨ ، ٢٦٠ ، ٣٠٢ .

١٠- مقدمة روضة الطالبين ٦/١ ، مقدمة المنهاج (مع مغني المحتاج) ١٢/١ .

١١- انظر : هامش ١٠ ص ٢٩ .

ولم يظهر ما يصلح للفرق بينهما ، فينقل الأصحاب جوابه فى كل صورة إلى الأخرى ؛ فيحصل فى كل صورة منهما قولان :
منصوص ومخرّج - المنصوص فى هذه هو المخرّج فى تلك ، والمنصوص فى تلك هو المخرج فى هذه)[١].

٨- الطرق : ويعنى هذا المصطلح عند الشافعية : اختلاف الأصحاب فى نقل المذهب ، فيحكي بعضهم فى المسألة قولين ، أو وجهين ، ويقطع بعضهم بأحدهما[٢].
وقد استخدم المصنف هذه الكلمة فقال :
(.. فاختلف أصحابنا فى ذلك على أربعة طرق ..)[٣]وهي هنا بمعنى فرق أو اتجاهات -.

المبحث الخامس : مصادر الكتاب ، وتأثيره في من بعده - وفيه مطلبان :

المطلب الأول : مصادره :

نقل الماوردى فى كتابه نصوصاً عن الأم للإمام الشافعى ، والجامع الكبير والجامع الصغير (المختصر) وهما للمزنى فالحاوي شرح لأصغرهما .
كما نقل عن أصحاب الوجوه وأئمة المذهب الشافعي ومنهم : أبو إسحاق المروزى ، أبو على ابن أبي هريرة ، أبو حامد المروزى ، أبو العباس بن سريج ، أبو علي الطبري ، أبو حامد المروزي ، أبو سعيد الاصطخرى ، أو عبيد بن حربوية ، أبو علي بن خيران ، أبو بكر بن إدريس ، أبو عبد الله الزبيرى ، أبو حفص بن الوكيل [٤].
ومن الكتب التي ذكرها المصنف في كتابه :
الأم للإمام ، الجامع الكبير والجامع الصغير للمزني ، والجامع لأبي حامد المرورودي ، والإفصاح للطبري [٥]
إضافة إلى ما نقله المصنف عن أئمة المذاهب الأخرى وغيرهم ومنهم : أبو حنيفة ، مالك ، داود ، زفر ، أبو ثور ، أبو يوسف ، محمد بن الحسن[٤].
وقد نقل كذلك عن المفسرين وشراح الحديث وأهل اللغة ..

١- مغنى المحتاج ١/١٢ .
٢- السابق ١/١٢ .
٣- ما يأتى ص ٢١٧.
٤- انظر أماكن ورودهم فى فهرس الأعلام ص ٣٥٥ -.
٥- انظر فهرس الكتب ص ٣٥٨.

المطلب الثاني : تأثيره فيمن بعده :

قلما خلا كتاب جاء بعد الحاوي في الفقه الشافعي من النقل عنه والاستفادة منه .

وممن أكثر النقل عنه : أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني المتوفى سنة اثنتين وخمسمائة (٥٠٢هـ) في كتابه «بحر المذهب» فإن هذا الكتاب (وإن كان من أوسع كتب المذهب إلا أنه عبارة عن «حاوي» الماوردي - مع فروع تلقاها الروياني عن أبيه وجده)[1]- ولا يزال هذا الكتاب مخطوطاً.

ومن الكتب المطبوعة التي رأيتها نقلت عن الحاوي في الموضوعات التي حققتها منه :

١- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء[2] للإمام أبي بكر محمد بن أحمد بن الحسين ابن عمر الشاشي المتوفى سنة سبع وخمسمائة (٥٠٧هـ) .

٢- أدب القضاء[3] للقاضي أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله الحموي - المعروف بابن أبي الدم ، المتوفى سنة اثنتين وأربعين وستمائة (٦٤٢هـ) .

٣- روضة الطالبين وعمدة المفتين[4]، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ست وسبعين وستمائة (٦٧٦هـ) .

٤- المجموع شرح المهذب - للنووي - وتكملتيه الأولى لتقيّ الدين السبكي [5] المتوفى سنة ست وخمسين وسبعمائة (٧٥٦هـ) .

والثانية - للشيخ / محمد نجيب المطيعي .

١- طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ١٩٥/٧ .

٢- انظر جـ ٥ / ١٥ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٣٨ ، ٣٩، ، ٤٠ .

٣- جـ٢ / ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٤٧ ، ٣٤٨ .

٤- جـ ٤ / ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٤ ، ٢٥٨ ، ٢٦٣ .

٥- الموضوعات التي حققتها من الحاوي ليست فيما شرحه النووي والسبكي من المهذب وقد ذكر تقي الدين السبكي في مقدمة تكملته ٥/١٠ أن من مصادره الحاوي .

٥- أسنى المطالب شرح روض الطالب[١] للإمام أبى يحي زكريا الأنصارى المتوفى سنة ست وعشرين وتسعمائة (٩٢٦هـ) ، وبهامشه حاشية شهاب الدين أبى العباس أحمد بن حمزة الرملى الكبير المتوفى سنة سبع وخمسين وتسعمائة (٩٥٧هـ) .

٦- الفتاوى الكبرى الفقهية[٢] لأحمد بن حجر الهيتمى المتوفى سنة أربع وسبعين وتسعمائة(٩٧٤هـ) .

ومعها فتاوى شمس الدين محمد بن أحمد الرملى الصغير المتوفى سنة أربع وألف للهجرة (١٠٠٤هـ) .

٧- تحفة المحتاج - للهيتمى كذلك - وحاشيتيها[٣] : الأولى للشيخ / عبد الحميد الشروانى والثانية للشيخ / أحمد العبادى .

٨- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج[٤] للإمام محمد الشربينى الخطيب المتوفى سنة سبع وسبعين وتسعمائة (٩٧٧هـ) .

٩- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج[٥]: وهو أيضاً لشمس الدين الرملى الصغير .

١٠- أضف إلى ذلك ما يظهر من التشابه فى بعض المسائل بين «الحاوى» وبين «المهذب» - لأبى إسحاق الشيرازى - وهو معاصر للماوردى [٦].
حيث توفى سنة ست وسبعين وأربعمائة (٤٧٦هـ) .

١١- وقد نقل تاج الدين السبكى فوائد كثيرة من الحاوي فى الطبقات الكبرى [٧].

١- جـ٢ /٢١٦، ٢١٧، ٢٢٠ ، ٢٢٢ ، ٢٢٥ ، ٢٢٨ ، ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٩ .

٢- جـ٣ /٥٥ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٦ ، ٧٠ ، ٧١ ، ٧٤ ، ٨٠ ، ٨١ .

٣- جـ ٥/ ٢٠٥ ، ٢١٤ ، ٢٤١ ، ٢٤٩ ، ٢٥٩ ، ٢٦٣ ، ٢٦٩ ، ٢٧٤ .

٤- جـ٢ / ١٨٠ ، ١٨٨ ، ١٩٢ ، ١٩٨ ، ٢٠٠ ، ٢٠٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٨ .

٥- جـ٤ / ٣٨٧، ٣٨٨ ، ٣٩٣ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠٨ ، ٤١٦ ، ٤١٨ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٤٣٨ ، ٤٤٠ ، ٤٤٦ ، ٤٤٩ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، ٤٥٩ ، ٤٦٤ .

٦- انظر مثلا الفصل ص ٥٩ - فهو في المهذب ٣٣٣/١ - بنصّه .

٧- راجع فهارس الطبقات الكبرى .

المبحث السادس : نموذج من مو ضوعات كتاب الحاوي - وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : كتاب الصلح :

وقد بدأه المصنف بذكر الأدلة على مشروعيته وفضله ، ثم ذكر القاعدة فيه وهى : أن الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً .

وذكر المصنف أن الصلح هنا - وهو الصلح فى الأموال - أنواع : فمنه ما يأخذ حكم البيع ، ومنه ما يكون إبراء أو هبة ...

ثم بحث صلح الإنكاروالخلاف فيه وما ينبنى على هذا الخلاف .

وبعد هذا تكلم عن إخراج الأجنحة ونحوها فى الطريق وحكم الصلح مقابل ذلك .

وصلح بعض الشركاء في الشيء المشترك أو صلح الأجنبى عن المدعى عليه .

وبعض مبطلات الصلح .

ثم شرع فى بيان الحكم فى الدعاوى بين الجيران والشركاء وحكم التزاحم فى الحقوق وما يتعلق بذلك بالتفصيل .

وقد تضمن هذا الموضوع مسائل هامة فى حلّ المنازعات بين المتخاصمين وبيان حقوق وواجبات الجيران ونحوهم فى الأشياء التى يشتركون فى الانتفاع بها أو إصلاحها عند تلفها ..

وفيه كذلك ضوابط الانتفاع بالمرافق العامة كالطرق - سواء كانت نافذة عامة ، أو غير نافذة خاصة - وحكم إخراج الأبنية والأجنحة ونحوها فى الطريق ، وهذه المسائل لها مجالها الواسع وتطبيقاتها فى هذا العصر الذى كثر فيه العمران واشتد حرص الناس على الأرض ..!

المطلب الثانى : كتاب الحوالة :

قيل : ذكرت عقب الصلح لما فيها من قطع النزاع بين المحيل والمحتال ،[1]ثم هي نوع من البيوع فتشبه بعض أنواع الصلح .

وقد تكلم المصنف عن الأصل فى جوازها،ثم ذكر أركانها وشروط كل ركن مع التعريف والتمثيل ، وذكر الخلاف في بعض شروطها وبين ما ينبني على الحوالة .

ثم شرح المسائل الواردة عن المزنى فمنها ما يتعلق بمبطلات الحوالة ، ومنها ما يتعلق بالخلاف بين المحيل والمحتال ..

١- حاشية قليوبى على شرح جلال الدين المحلى للمنهاج ٣١٨/٢ .

وإن الحوالة من العقود المهمة التي يتعامل بها الناس . ويحتاجون إلى معرفة أحكامها .

وهذا يستدعى الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامى ورد المسائل المعاصرة إلى القواعد والشروط التى حددها الفقهاء بعد أن أخذوها من أدلتها التفصيلية .

المطلب الثالث : كتاب الضمان :

ذكر بعد الحوالة لأن فيه أحكاماً تتعلق بالديون ، ولأنه قد يتحول الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فيحق للمضمون له مطالبته كما يطالب المحال المحال عليه - ومن ذلك إذا ضمن دين الميت فإنه يتحول من ذمته .[1]

وكما هى عادة المصنف فقد بدأ بالاستدلال للضمان من الكتاب والسنة وذكر بعض الفوائد المتعلقة بهذه الأدلة .

ثم بين أركان الضمان وشروط كل منها .ووضح كيفية صياغة هذا العقد وما يترتب عليه بالتفصيل ومن ذلك :

حق المضمون له فى مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه ، وحق الضامن فى الرجوع على المضمون عنه إذا أدى عنه بأمره ، وذكر الصور التى يمكن أن يتم بها أداء المال المضمون والأشياء التى يصح أن تضمن ، وقد أفاض فى هذا .

وتكلم المصنف كذلك عن تعدد الضمناء وكيفية براءة كل منهم ، والحكم لو أنكر المضمون له ما دفعه الضامن .

وبين كذلك حكم ضمان المجهول والخلاف فيه ، وما يتفرع عنه،ومثله ضمان دين الميت ، ثم حال الدين المضمون من حيث الحلول والتأجيل والحكم فى كل ذلك .

بعد هذا عقد خمسة فصول تتعلق بضمان العبد والضمان عنه .

ثم بين أحكام ضمان المدبر ، وأم الولد ، والمكاتب ، والمرأة ، والصغير ، والمغمى عليه ، والمريض ، والمحجور عليه ، والسكران .

ثم ختم الكتاب بالكلام عن كفالة الأبدان من حيث ثبوتها مع الأدلة عليها ، وشروط صحتها ، واللفظ الذى تنعقد به ، وحالاتها من حيث : حضور المكفول أو غيابه ، ومن حيث إطلاقها أو تقييدها بزمان أو مكان وبينّ مبطلاتها ، ووقت براءة الكفيل .

ثم تكلم عن مسألة «السفتجة» فى فصل مستقل - وكأن هذه المسألة تقوّي العلاقة بين الحوالة والضمان .

١- الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/٧٢ ، حاشية قليوبى ٢/٣٢٣ .

ونظراً لكثرة العقود والالتزامات التى يعقدها الناس فى هذا العصر ، ومنها عقود شراء الآلات الغالية ونحوها والتوسع فى ذلك مع أن عوضها عند كثير من الناس يكون دينا فقد اشتدت الحاجة إلى الكفالات سواء كانت كفالـــة أداء (الضمان) أو كفالة إحضار (كفالة الوجه).

من أجل هذا فإن موضوع الضمان فى كتب الفقه له مجاله الواسع وثمرته العظيمة فى ضبط تصرفات الناس وتحديد ما يلزم الضامن والمضمون عنه والمضمون له وما يترتب على عقد كل منهم.

بل ينضم إلى ذلك كفالات العاملين من دولة فى دولة أخرى فقد انتشرت كذلك انتشاراً كبيراً وكأنها من كفالة الوجه التى بحثها المصنف فى آخر كتاب الضمان - والله أعلم - وهذه تحتاج إلى معرفة قواعدها الشرعية وما يترتب عليها حتى تكون جميع تصرفاتنا والتزاماتنا موافقة لهذه الشريعة العظيمة التى جعلها الله كفيلة ببيان كل ما يحتاجه الإنسان ، فهي صالحة لكل زمان ومكان .

لا يقع طلاقه ولأن شاهدين لو شهدا على رجل بالطلاق الثلاث
وحكم الحاكم بينهما ثم رجع الشاهدان لزمهما مهر المثل
فلو لم يكن ذلك إتلافاً لما لزمهما غرم المال
وجه قول ... عموم قوله تعالى فإن طلقها فلا
تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره وقوله صلى الله عليه وسلم
الطلاق لمن أخذ بالساق ولأن السفيه أحسن حالاً من العبد
لكونه وثبوت ملكه فلما صح طلاق العبد فأولى أن
يقع طلاق السفيه ولأنه يستفيد بطلاقه سقوط النفقة
إن كان بعد الدخول ونصف المهر إن كان قبل الدخول فلم يجز أن
يمنع من هذه الفائدة ويجبر على التزام النفقة وقولهم
إنه مال ... العبد ... لأن العبد يقع رهنه وبيعه ويورث
عنه ولا يقع ذلك في الزوجة وغرم الشاهدين المهر
إنما كان لأجل المال ... الحيلولة بين الزوجين وفوت
الاستمتاع عليها وإن لم يتلفا بينهما ... كما لو
شهدا بما أوجب القود لزمتهما الدية وإن لم يكن القود مالاً

كتاب الصلح إملاء على كتاب

ابن يوسف وما دخل فيه من اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال ... رحمه الله روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه
أنه قال الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم

والاتفاق أما الكتاب فقوله تعالى لا خير في كثير
من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس
وقال تعالى وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً
الآية إلى قوله أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير. وقال
تعالى وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً
من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما.
وأما السنة فما روي عن عبد الله عن أبي أيوب الأنصاري
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يا أبا أيوب
ألا أدلك على صدقة يرضى الله موضعها قلت بلى يا رسول الله
قال تصلح بين اثنين إذا تفاسدا أو تقارب ما بينهما
إذا تباعدا وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع كعب
بن مالك ... يلازم غريماً له يقال له أبو حدرد وقد ارتفعت
بينهما خصومة فقال النبي صلى الله عليه وسلم لكعب حط عنه
الشطر ودع الشطر. وأما الإجماع فما روي
عن عمر رضي الله عنه أنه قال في عهده إلى أبي موسى الأشعري والصلح
جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً وروي
أن أكثر قضايا عمر رضي الله عنه كانت صلحاً وقد قيل
في تأويل قوله تعالى وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب ثلاثة
تأويلات أحدها الصلح بين الخصوم والثاني فصل الحكم
بنفسه من غير استخلاف فيه والثالث شرعة القضاء

صورة من نسخة ر.م.

صورة من نسخة ر.

لزمه وهو غير صحيح في الموضعين. آخر كتاب العمارة

كتاب الشركة

تخريجا على مذهب الشافعي رحمه الله عليه. قال الشافعي: الشركة من وجوه منها الغنيمة، أزال الله ملك المشركين فملكها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمؤمنون فكانوا فيها شركاء فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسة أجزاء ثم أقرع بينها وأخرج منها خمسا لله ولا علم وأربعة أخماس منها. قال المزني: وفي ذلك دليل على قسم الأموال والقرعة عليها بالسهام، ومنها المواريث، ومنها الشركة في الهبات والصدقات، ومنها التجارات، وفي ذلك كله القسم إذا كان مما ينقسم وكذلك الشركة، ومنها الشركة في الصدقات المحرمات في قوله ومن الأحباس فلا وجه لقسمها في رقابها لارتفاع الملك عنها فإن رأوا من التسكن [illegible] فلا بأس. والأصل في إحلال الشركة والدليل عليها الكتاب والسنة. فأما الكتاب فقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل فجعل الله تعالى خمس [illegible]

بين الغانمين لأنه لما أضاف المال إليهم وبين الخمس علم أن الباقي لهم كما قال وورثه أبواه فلأمه الثلث دل على أن الباقي بعد الثلث للأب. وقال الله تعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فجعل التركة مشتركة بين الورثة. وقال تعالى إنما الصدقات للفقراء والمساكين الآية فجعل أهل السهمان شركاء في الصدقات. وقال تعالى وإن كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض يعني الشركاء. وأما السنة فروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن عبد الله بن عثمان عن مجاهد عن السائب بن أبي السائب وكان شارك رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجاهلية قال قدمت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له مرحبا بأخي وشريكي لا يداري ولا يماري ثم قال كم يا سائب كنت تعمل في الجاهلية أعمالا لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك، وكان ذا سلف وصلة. وروى إبراهيم بن مهاجر عن مجاهد عن قيس بن السائب قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان شريكي في الجاهلية وكان خير شريك لا يداري ولا يماري. وروى أبو حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تعالى يقول أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان خرجت من بينهما. وروي عن رسول الله صلى الله عليه [illegible]

أشهلا

الحالة الرشيدة طرأ بعد ذلك عليها الحالة المفسدة السفه وجب على الحاكم ان يعيد
الحجر عليه اذا عاد الى حالة الرشد [illegible] الحجر [illegible] لان الحكم كان عاد الى
السفه حجر عليه وانما عاد الى الرشد فك الحجر عنه لا يحل عليه وجب حكم
[illegible] هذا العلم [illegible] والى ذلك الحكم مسألة
قال الشافعي رضي الله عنه ان قبل [illegible] طلاقه وهو [illegible] قال
ليس طلاقه [illegible] لا يرى انه يموت فلا يورث عنه امراته ولا [illegible] هبته
ولا صدقته ويورث عنه [illegible] ويباع عليه ملكه ثمنه [illegible]
[illegible] والمرأة [illegible] الا يرى ان العبد يؤذن له في التجارة [illegible]
[illegible] الطلاق والامساك [illegible] لما له اخذ ماله [illegible]
وهو قول جمهور الفقهاء وقال ابن ابي ليلى وابو يوسف طلاقه لا يقع لان الطلاق
اتلاف [illegible] لان البضع [illegible] المال [illegible] الملك [illegible]
[illegible] ولا [illegible] شاهدين [illegible] على [illegible]
[illegible] الشاهدان [illegible] مهر المثل
[illegible] قوله تعالى
فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق
[illegible] العبد [illegible]
[illegible] طلاقه [illegible]
[illegible] قبل الدخول [illegible]
[illegible] على الزام النفقة [illegible] العقد
[illegible] ويورث عنه [illegible] الزوجة [illegible]
[illegible] الزوجين [illegible]
[illegible] اشهد [illegible]
[illegible] والله اعلم بالصواب هذا اخر كتاب الحجر

كتاب الصلح

الذي علم كتاب ابي يوسف وما دخل فيه من اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى
قال الشافعي رضي الله عنه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال
الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا والاصل في
جواز الصلح الكتاب والسنة والاثر والاتفاق فاما الكتاب فقوله تعالى
لا خير في كثير من نجواهم الى قوله تعالى او اصلاح بين الناس وقال تعالى
وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما
الآية وقال تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما
من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما واما السنة فما روي عن حميد
عن عبد الله عن ابي ايوب الانصاري قال قال لي رسول الله صلى الله عليه
وسلم يا ابا ايوب الا ادلك على صدقة يرضى الله موضعها قلت بلى يا رسول الله
قال تسعى في صلح بين اثنين اذا تفاسدوا وتقارب بينهم اذا تباعدوا وروى
ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الصلح جائز بين المسلمين الا
صلحا احل حراما او حرم حلالا وروى كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف
المزني عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبلال بن الحارث
اعلم ان الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا والمؤمنون
عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا وروي ان النبي صلى الله عليه
وسلم مر بكعب بن مالك وهو يلازم غريما له يقال له ابو حدرد وقد ارتفع
بينهما خصومة فقال النبي صلى الله عليه وسلم لكعب خذ منه الشطر
ودع الشطر واما الاثر فما روى الشافعي عن عمر رضوان الله عليه
انه قال في عهده الى ابي موسى الاشعري والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل
حراما او حرم حلالا وروي ان الزبير [illegible] عثمان رضي الله عنه [illegible] فقبل [illegible]

مصورة من نسخة (ب).

كتاب الحوالة

قال الشافعي رضي الله عنه أخبرنا مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبع

الأصل في جواز الحوالة السنة والإجماع فأما السنة فما روي عن أبي هريرة من ثلاث طرق روى الشافعي منها طريقين وروى العراقيون الثالث أحدها ما رواه الشافعي عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبع والثاني رواه الشافعي عن سفيان بن عيينة عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم ومن أتبع على ملي فليتبع والثالث الذي يرويه العراقيون فرواه أبو بشر عن الحسن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل وأما الإجماع فهو مشهور عن عثمان وعلي رضي الله عنهما ولا مخالف لهما

فصل وإذا ثبت جواز الحوالة فاعلم أنها لا تتم إلا بأربعة محيل ومحال ومحال عليه ومحال به فأما المحيل فهو الذي يكون الحق عليه فيحيل به إلى ذمة غيره فلا بد أن يكون مختارا لأن الحق عليه فيقضيه من حيث شاء فإن أكره عليها لم تصح لأن رضاه شرط في صحتها لأن الحق في ذمته فلا يستحق عليه أداؤه إلا منها ألا ترى أنه لو سئل نقل الحق إلى غير ماله لم يلزمه وكذا لو سئل نقله إلى ذمة أخرى لم يلزمه

فصل وأما المحال فهو صاحب الحق الذي ينقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ورضاه بنقل الحق شرط في صحة الحوالة وليس قبولها واجبا عليه وقال داود وأبو ثور قبولها إذا أحيل على ملي واجب عليه لقوله صلى الله عليه وسلم إذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل وهذا أمر يقتضي الوجوب ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم إن لصاحب الحق مقالا ولأن الحقوق التي في الذمم لا تنتقل إلى ذمة بالحوالة إلا بالتراضي ولأن التراضي ينقلها إلى الذمة فأولى أن لا يلزمه إذا التراضي لأنه ينقلها إلى غير الحق مع وصل إلى حقه ولا ينقلها إلى ذمة أخرى لم يصل إلى حقه وربما مات في الذمة فقد يكون كان مليا وكان دينا فلما لم يلزمه قبول الحوالة في الدين فأما الخبر فمحمول على الإباحة لأنه ورد بعد حظر وهو نهيه عن بيع الدين بالدين

فصل وأما المحال عليه فهو من أسقط الحق والحوالة تنزل ذمة المحال عليه إلى ذمته وظاهر مذهب الشافعي أن رضاه غير معتبر في صحة الحوالة بل تتم برضى المحيل والمحتال سواء رضي بذلك المحال عليه أو لم يرض وبه قال من أصحابنا أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وقال أبو إبراهيم المزني وأبو عبد الله الزبيري وأبو سعيد الإصطخري وأبو حفص بن الوكيل الحوالة لا تتم إلا برضا المحال عليه فإن لم يقبلها ولم يرض بها لم تصح وبه قال أبو حنيفة ومالك استدلالا بأن من كان وجوده في الحوالة شرطا كان رضاه شرطا كالمحيل والمحتال ولأن الدين قد يتعلق بالذمة أصلا وبالرهن فرعا فلما لم يكن لصاحب الدين أن يولي الرهن غيره فأولى أن لا يكون له أن يولي الذمة غيره ولأنه قد ربما كان صاحب الدين أسهل اقتضاء وأحسن معاملة وأسمح قضاء فلا يرضى من عليه الدين معاملة غيره لأنه بخلاف معاملته فلذلك كان نقل الدين بالحوالة موقوفا على قبوله ودليلنا هو أن من عليه الدين مقبول الذمة لم يكن رضاه معتبرا في نقل الملك كبيع العبد المولود ولأن بالحوالة يزول ملكه من الدين كالإبراء فلما لم يكن رضى المبرأ معتبرا في صحة البراءة لم يكن رضا المحال عليه معتبرا في صحة الحوالة ولأن مالك الدين مخير في استيفائه بنفسه وبغيره من وكيل ومحتال فأما الجواب عما ذكروه من المحيل والمحتال فالمعنى في المحيل أنه مالك فكان رضاه معتبرا في زوال ملكه وليس المحال عليه مملوكا والمعنى في المحتال أنه لما لم تتم البراءة من دينه إلا برضاه لم تتم الحوالة به إلا عن رضاه ولما صحت البراءة من الدين الذي على المحال عليه بغير رضاه صحت الحوالة بغير رضاه وأما الجواب عن الرهن فهو أن المرتهن لما لم يملك

على رجل الف درهم فاحاله المطلوب بها على رجل له عليه الف ثم احاله بها المحال
عليه على ثالث له عليه الف برئ الاولان وكانت المطالبة للطالب على الثالث دون
... وهذا صحيح لانه اذا احيل بدينه على رجل ثم ان المحال عليه احاله به الى اخر
والحالة الثالثة على رابع صح ذلك وجاز لان الحوالة كالمعاوضة وهكذا لو
احيل بدينه على رجل ثم احال المحتال بذلك الدين غيره واحال ذلك الاخر
ثالثا واحال الثالث رابعا جاز ايضا ويكون في المسالة الاولى ينتقل الحق
فيها الى ذمة والمحتال واحد وفي هذه المسالة الحق لا ينتقل في ذمة
المحال عليه وانما ينتقل استحقاقه من محتال الى محتال والمحال عليه واحد
والله اعلم

كتاب الضمان

تحررت فيه مذهب الشافعي وناس قوله. قال المزني قال الله تعالى
قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وقال الله تعالى
سلهم ايهم بذلك زعيم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال والزعيم
غارم ... والزعيم في اللغة هو الكفيل اما الضمان فهو احد الوثائق
في الاموال لانها ثلاثة الشهادة والرهن والضمان والدليل على جواز الضمان
[illegible] الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى قالوا نفقد صواع الملك ولمن
جاء به حمل بعير وانا به زعيم فان قيل فالاستدلال بهذه الاية لا يصح من وجهين
احدهما انها حكاية حال [illegible] مجهولة [illegible] غير صحيحة لان الصواع
لم يفقد والقوم لم يسرقوا واذا كان موضعها كذبا كان الاستدلال بها فاسدا
فالجواب عنه من وجهين احدهما ان هذا من قول المنادي ولم يكن
يعلم بما فعل يوسف فقد الصواع ظن انهم قد سرقوا فنادى بذلك وهو
يعتقد انه حق وصدق والثاني ان يوسف فعل ذلك عقوبة لاخوته
تخرج مخرج [illegible] الى حد العقوبة [illegible] رغبة الناس فيها
[illegible] عندهم [illegible] والسؤال الثاني
ان الاية تناول ضمان المجهول لان حمل البعير مجهول وضمان المجهول باطل
فالجواب

فالجواب عنه ان اصحابنا قد اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة على وجهين احدهما
يجوز ضمانه فعلى هذا سقط السؤال والثاني انه لا يصح فعلى هذا لا يمتنع قيام الدليل
مع فساد ضمان مال الجعالة من التعلق بما في الاية وقال تعالى سلهم ايهم بذلك زعيم
وهذا وارد في طريق التحدي فدل على جواز الضمان والزعيم الضمين وكذلك
الكفيل والحميل والصبير ومعنى جميعها واحد غير ان العرف جار ان الضمين
مستعمل في الاموال والحميل في الديات والكفيل في النفوس والزعيم في الامور العظام
والصبير في الجميع وان كان الضمان يصح بكل واحدة منها [illegible] واما السنة فروى ابن
عباس عن [illegible] سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول ان الله تعالى قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ولا تنفق المراة شيئا من
بيتها الا باذن زوجها فقيل يا رسول الله ولا الطعام قال ذاك افضل اموالنا ثم
قال العارية مضمونة مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم
وروى [illegible] عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر قال توفي رجل منا فغسلناه
ثم كفناه ثم اتينا النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطى ثم قال عليه دين
قلنا ديناران فانصرف فتحملها ابو قتادة وقال علي الديناران فقال النبي صلى الله عليه
وسلم عليك حق الغريم وبرئ الميت منه قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك
بيوم ما فعل الديناران قال انما مات امس ثم عاد عليه من الغد فقال قد قضيتهما
قال الان بردت عليه جلده وروى ابو سعيد الخدري قال كنا مع النبي
صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم
من دين قالوا نعم درهمان قال صلوا على صاحبكم فقال علي رضي الله عنه هما علي يا
رسول الله وانا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه
ثم اقبل على علي فقال جزاك الله عن الاسلام خيرا وفك رهانك كما فككت
رهان اخيك وروى عكرمة عن ابن عباس ان رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير
وحلف لا افارقك حتى تقضيني او تاتيني بحميل فجره الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقال يا رسول الله ان هذا لزمني واستنظرته شهرا فابى حتى اتيه بحميل

صورة من نسخة (ب).

صورة من نسخة (ج)

في الكفالة ولو كفل رجل برجل ثم كفل بالكفيل كفيل ثان ثم [illegible] بالكفيل الثاني
كفيل ثالث جاز ويكون للمكفول له مطالبة كل واحد منهم بمن تكفل به فلو
مات المكفول به الاول برئوا جميعا ولو مات الثاني برئ من بعده ولم يبرأ
من قبله كما قلنا في براءة الضمناء

فصل في السفاتج

اخذ السفاتج بالمال على ضربين احدهما ان يكون بدين ثابت والثاني ان
يكون بقرض حادث فاما الدين الثابت اذا سأل صاحبه من هو عليه ان
يكتب له به سفتجة الى بلد اخر لم يلزمه الا ان يشاء كما ان من عليه
الدين اذا سأل صاحب الدين ان ياخذ منه به سفتجة الى بلد اخر لم يلزمه
الا ان يشاء فلو اتفقا على كتب سفتجة جاز واما القرض فضربان احدهما
ان يكون مشروطا فيه كتب السفتجة اما من جهة المقرض فيقول هو ذا
اقرضتك لتكتب لي به سفتجة الى بلد كذا فهذا قرض باطل لا يصح اخذ
السفتجة به لانه قرض جر منفعة والثاني ان يكون قرضا مطلقا ثم
يتفقان على كتب سفتجة به فيجوز هذا كالدين واذا كان كذلك فلا يخلو
حال السفتجة بالدين من احد امرين اما ان يكون بلفظ الحوالة او بلفظ
الامر والرسالة فان كانت بلفظ الحوالة فاذا وردت السفتجة الى المكتوب
اليه لزمه اداؤها باربعة شروط احدها ان يعترف بدين المكاتب والثاني
ان يعترف بدين المكتوب اليه والثالث ان يعترف بانه كاتبها
والرابع ان يعترف بانه كتبه مريدا به الحوالة فان اعترف بهذه الاربع
لزمه اداء ما في السفتجة من الدين سواء ضمنه لفظا ام لا وان اعترف
بدين المكاتب وانكر دين المكتوب اليه او اعترف بدينهما وانكر الكتاب
لم يلزمه الحوالة ولو اعترف بدينهما وبالكتابة وانكر ان يكون المكاتب

اراد به الحوالة فالمذهب الذي نص عليه الشافعي [illegible]
ومن اصحابنا من قال ان اعترف بالكتاب والدين لزمته الحوالة وان
انكر الارادة اعتمادا على العرف فان الوصول الى الارادة متعذر
فلو اعترف بالكتاب للايجاب الى دفع المال ليكون مضمونا عليه
الى ان صح الحوالة جاز واختلف اصحابنا هل يجوز له استرجاع المال
منه قبل صحة الحوالة على وجهين احدهما لا يجوز اعتبارا بالشرط
وان له استرجاعه بعد العلم ببطلان الحوالة والوجه الثاني وهو
قول ابي عبد الله الزبيري [illegible] الحوالة استرجاع المال متى شاء ما لم تثبت
صحة الحوالة لان المال لا يلزمه الا بعد صحة الحوالة واما اذا كانت
السفتجة بلفظ الامر والرسالة لم يلزم المكتوب اليه الا ان يضمنها
لفظا سواء اعترف بالكتاب والدين ام لا وهو قول محمد بن الحسن
وقال ابو يوسف اذا اقرأها وتركها ترك رضي لزمته وقال عيسى
من العراقيين اذا اثبتها في حسابه لزمته وكل هذا عندنا لا تلزم به السفتجة
وكذلك لو كتب على ظهرها انها صحيحة فقد قلنا حتى يضمنها لفظا ثم لا
تلزم الكاتب الا ان يعترف بها لفظا ولا تلزمه باعترافه بالخط ومن
اصحابنا من قال ان اعترف بالخط لزمه وهو قول من زعم ان المكتوب اليه
ان اعترف بالخط في الحوالة لزمه وهو غير صحيح في الموضعين والله اعلم

هذا اخر كتاب الضمان ويتلوه في الجزء
الذي يليه كتاب الشركة ان شاء الله تعالى

صورة من نسخة (د) .

قال الحجر على السفيه جائز ويعطى نفقة الحج من ماله وان طلب زيادة على ما له ان ينفق عليه من ماله نفقة
حجه فان اسده [illegible] نفقة الحج فيه حتى يصير فاما منه القضا فعلى [illegible]
وموقوف [illegible] والثاني لا يعطيه لعلمه بافساده والله لا [illegible] الثاني [illegible]
الاول وهذا اول [illegible] بان [illegible] جاز له [illegible]
[illegible] ولم يجز له [illegible] بالمال [illegible] الا بان [illegible] الاعسار
[illegible] الاعسار [illegible] الا بالمال والوجه
[illegible] الاعسار لانه [illegible] فيكفر بالصوم [illegible]
[illegible] بالصوم [illegible] المراعا [illegible]
[illegible] الوجوب [illegible] الصوم [illegible] الوجوب [illegible]
المال [illegible] قال الشافعي
[illegible] الحجر عليه [illegible] الطلاق [illegible]
[illegible] الحاكم [illegible]
الصلاح في الدين [illegible] والاصلاح [illegible] وهذا قول ابي العباس [illegible]
الصلاح في الدين [illegible] الحجر عليه [illegible] الاصلاح في المال [illegible]
[illegible] الحجر عنه [illegible]
[illegible] الحجر [illegible] الامامة [illegible]
[illegible] الامامة [illegible] الولاية [illegible]
[illegible] السفيه [illegible]
[illegible] الحجر [illegible]
[illegible] الحاكم [illegible] عليه [illegible]
[illegible]

كل [illegible] حتى [illegible] ابن [illegible] الدين الحجر [illegible]
قال الشافعي [illegible] طلاقه [illegible] قال [illegible]
[illegible] امراته [illegible] عليه [illegible]
[illegible] المراة [illegible] الا [illegible]
[illegible] الاسلام [illegible] المال [illegible] طلاق [illegible]
عليه بالسفه [illegible] ابو يوسف طلاقه لا يقع [illegible] الطلاق
[illegible] المال [illegible] عتقه [illegible]
طلاقه [illegible] بالطلاق [illegible] الشاهدان [illegible]
[illegible] المال [illegible] عموم قوله تعالى فان طلقها
[illegible] وقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق لمن اخذ بالساق [illegible]
السفه [illegible] طلاق السفيه ولانه [illegible] طلاقه
[illegible] الدخول [illegible] المهر [illegible] الدخول [illegible]
[illegible] السفيه [illegible] المال [illegible] العبد [illegible]
[illegible] الشاهدين [illegible]
عليهما [illegible] الحق
[illegible] والله اعلم [illegible]

كتاب الصلح

املى من كتاب ابي يوسف وما دخل فيه من اختلاف ابي حنيفة وابن ابي ليلى
قال الشافعي [illegible] عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه [illegible] الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا
احل حراما او حرم حلالا [illegible] الصلح جائز [illegible] الكتاب والسنة والاثر والاتفاق فقوله تعالى
[illegible] الى قوله والصلح خير [illegible] وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا
[illegible]

حتى من الله ورسوله ان يربا اصلا حالوفق الله سبحانه واما السنة فما روي عن عبد الله
عن ابي كعب الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ابا ايوب الا ادلك على
ما يرضي الله من صدقة قلت بلى يا رسول الله قال تسعى باصلاح بين الناس اذا تفاسدوا وتقارب
بينهما اذا تباعدوا وروى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا
احل حراما او حرم حلالا وروى كثير بن عبد الله بن عوف المزني عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله
عليه وسلم [illegible] الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا والمسلمون
عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بكعب
[illegible] يقال له ابو حدرد وقد ارتفعت بينهما اصواتهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم
[illegible] الشطر ودع الشطر واما الاثر فما روى الشافعي عن عمر رضوان الله عليه
انه قال [illegible] الى ابي موسى الاشعري الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا
وروي ان [illegible] رضوان الله عليه كانت [illegible] وقد قال [illegible] تعالى وانناه
[illegible] الصلح بين الخصوم والثاني فصل الخطاب [illegible]
[illegible] والثالث [illegible] واما الاتفاق فهو اجماع المسلمين على جوازه
[illegible] واما اختلف اصحابنا [illegible] لاستثنائه من [illegible]
انه [illegible] على [illegible] وهو ظاهر قول ابي اسحق المروزي وابي علي بن ابي هريرة انه
[illegible] لانه فرع لاصول [illegible] بصحته وفساده وليس باصل بذاته [illegible]
[illegible] والوجه الثاني وذهب ابو الطيب ابن سلمة انه [illegible]
[illegible] اصلا بذاته [illegible] وقد اشار اليه [illegible]

فصل فاما قوله الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا فقد
[illegible]
[illegible] فاما الصلح
[illegible]

عليها او لا يبطله [illegible] بالصلح ما يحله [illegible] والصلح والباطل
واما الصلح الذي يحل الحرام فهو ان [illegible] على [illegible] او [illegible]
[illegible] بالصلح ما حرم عليه الربا والخمر والخنزير [illegible] قال الشافعي
فاما [illegible] البيع جاز [illegible] الصلح وما يبطل [illegible] الصلح [illegible] صحيح [illegible]
[illegible] واما المعاوضة فهو ان يصالح على جنسه من غير جنسه [illegible]
او [illegible] فهذا يجري عليه حكم البيع فان كان [illegible] الربا [illegible] بالدراهم
او على البر بالشعير [illegible] القبض قبل الافتراق ودخله خيار المجلس دون [illegible]
بدخله [illegible] قبل الافتراق قبل القبض [illegible] خيار المجلس وخيار الثلث [illegible] دخول الاجل
[illegible] بصحته وفساده [illegible] الذي [illegible] الشافعي واما الحطيطة فهو ان [illegible]
من [illegible] ان يكون للحق في الذمة وصورته ان يدعي عليه مائة
دينار [illegible] منها خمسين دينارا فهذا [illegible] في [illegible]
الابراء فقال قد صالحتك على خمسين دينارا او [illegible] او يقول [illegible] عن خمسين دينارا
ان [illegible] دينارا فلا يصح [illegible] وكذلك لو قال ان [illegible]
دينارا [illegible] لان تعلق البراءة بشرط لا يصح واما ان [illegible] الابراء فقال
قد صالحتك من المائة على خمسين [illegible] احدهما وهو قول ابي اسحق المروزي لا يصح والثاني وهو
قياس قول [illegible] وتوجيه [illegible] على ما [illegible] بعد وان
كان [illegible] فصورته ان يدعي [illegible] فيعترف له بها ويصالحه منها على
نصفها فهذا [illegible] فان فعل ذلك بلفظ الهبة فقال [illegible] وقد وهبت
لك نصفها [illegible] ما [illegible] وسرورنا [illegible] ولا يحتاج الى [illegible]
[illegible] ان لم [illegible] بلفظ الهبة بل قال قد صالحتك [illegible] على نصفها [illegible]
وجهان احدهما [illegible] قول ابي اسحق المروزي انه لا يجوز لانه [illegible]

القسم الثانى

التحقيق

كتاب[١] الصلح[٢]

(أملي على كتاب أبي يوسف[٣]، وما دخل فيه من اختلاف أبى حنيفة ، وابن أبي ليلى[٤] [٥].

قال الشافعي - رحمه الله تعالى [٦] - : (رُوي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال : « الصُّلحُ جائز بين المسلمين ؛ إلا صُلحاً أحلَّ حراماً ، أو حرّم حلالاً »)[٧] .

١- فى المختصر : باب الصلح .

٢- الصلح والمصالحة والصلاح تطلق على معان منها : السلم ، وقطع المنازعة ، والتوفيق والخير والصواب فى الأمر ، وما يضاد الفساد .

الصحاح ١ / ٣٨٢ ، اللسان ٣ / ٣٤٨ ، تاج العروس ٦ / ٥٤٨ ، معجم مقاييس اللغة ٣ / ٣٠٣ ، المصباح المنير ٣٤٥ .

أما الصلح فى تعريف الفقهاء فقد اتفقوا على أنه عقد يرفع النزاع بين المختلفين .

فقال الحنفية : هو عقد يرفع النزاع بين المدعى والمدعى عليه .

تبيين الحقائق ٢٩/٥ ، البحر الرائق ٢٥٥/٧ ، مجمع الأنهر ٣٠٧/٢ .

وقال المالكية : هو انتقال عن حق أو دعوى بعوض - لرفع نزاع ، أو خوف وقوعه .

مواهب الجليل ٧٩/٥ ، الخرشى ٢/٦ .

وقال الشافعية : هو العقد الذى تنقطع به خصومة المتخاصمين .

فتح العزيز ٢٩٤/١٠ ، كفاية الأخيار ٢٧١/١ ، مغنى المحتاج ١٧٧/٢

أما الحنابلة فقالوا : هو معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين .

المغنى ٣٥٧/٤ ، شرح المنتهى ٢٦٠/٢ ، الروض المربع ٢٥٠ .

٣- أبو يوسف هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب ، صاحب أبى حنيفة ، تولى القضاء لثلاثة من خلفاء بنى العباس ، كان يدعى « قاضى القضاة » ساعد على نشر مذهب أبى حنيفة ، له كتب منها : الأمالي ، النوادر ، الآثار ، الخراج - توفى سنة اثنتين وثمانين ومائة هـ(١٨٢) - رحمه الله تعالى -

تاج التراجم ٨١ ، الفوائد البهية ٢٢٥ ، وفيات الأعيان ٤٢١/٥ .

٤- هو محمد بن عبد الرحمن بن يسار ، ولد سنة أربع وسبعين للهجرة وكان فقيها من أهل الرأى ، تولى القضاء فى الكوفة طويلاً ، أخذ عن الشعبى ، وأخذ عنه سفيان الثورى ، توفي فى الكوفة سنة ثمان وأربعين ومائة (١٤٨ هـ) - رحمه الله تعالى.

تذكرة الحفاظ ١٧١/١ ، تهذيب التهذيب ٣٠١/٩ .

٥- كتاب أبي يوسف هذا نقله الإمام الشافعي في كتاب « الأم » جـ٧ / ١٠١ - والصلح في ص ١١٨ منه.

٦- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٢٢٦/٣ .

٧- روى موقوفاً هكذا على عمر رضى الله عنه ، وروى مرفوعاً إلى النبى صلى الله عليه وسلم عن عدد من الصحابة قال البيهقى فى معرفة السنن والآثار ٢٧٩/٨ والسنن الكبرى ٦٣/٦ : (وقفه على عمر أشهر) وسيأتى تخريجه قريباً .

P٦٧

والأصل فى جواز الصلح : الكتاب ، والسنة ، والأثر، والاتفاق. [أما الكتاب] :[١]
فقوله تعالى : (لا خير فى كثير من نجْواهم إلا من أمر بصدقةٍ أو معروفٍ أو إصلاح بين الناس).[٢]
وقال تعالى : (وإن امرأةٌ خافتْ من بَعْلِها نُشُوزاً أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يُصْلحا بينهما صُلْحا والصُّلحُ خير).[٣]
وقال تعالى : (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهْلها إن يريدا إصلاحاً يوفّق الله بينهما).[٤]

وأما السنة : فما روي [٥] عن أبى أيوب الأنصارى [٦] - رضى الله عنه - قال :
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « يا أبا أيوب !
ألا أدلك على صدقة يرضى الله [ورسوله] [٧] موضعها ؟
قال : بلى !

١- فى ب وج و م : فأما الكتاب ، وسقطت من : د .
٢- سورة النساء ، من الآية (١١٤)
٣- سورة النساء ، من الآية (١٢٨)
٤- سورة النساء ، من الآية (٣٥)
٥- فى أ : فما روى عن عبد الله عن أبى أيوب ، وفى ب و د : فما روى عمر بن عبد الله عن أبى أيوب ، وفى م : فما روى عبد الله عن أبى أيوب ..
٦- خالد بن زيد بن كليب الأنصارى الخزرجى ، صحابى جليل ، من السابقين إلى الإسلام ، شهد بيعتى العقبة والرضوان ، شارك فى بدر وأحد وغيرهما ، نزل عنده رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدم المدينة مهاجراً ، استمر على جهاده بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات غازياً بأرض الروم سنة ٥٢ هـ رضى الله تعالى عنه .
الإصابة ٨٩/٢ ، أسد الغابة ٩٤/٢ ، تهذيب الأسماء ١٧٧/٢
٧- سقطت من جميع النسخ .

قال : « تصلح بين الناس إذا تفاسدوا [١] ، وتقرب بينهم إذا تباعدوا » [٢] .

[٣] وروى أبو هريرة [٤] أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الصلح جائزبين المسلمين : إلا صلحاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً » . [٥]

١- فى أ بصيغة التثنية (... بين اثنين إذا تفاسدا .. تباعدا) وفى سائر النسخ : «تسعى فى صلح بين..)

٢- وجدته - بعد طول بحث - فى شعب الايمان للبيهقى ٧/ ٤٩٠ رقم ١١٠٩٤ فى باب الإصلاح بين الناس .. وهو الشعبة السادسة والسبعون قال : أخبرنا أبو بكر بن فورك أنا عبدالله بن جعفر ثنا يونس بن حبيب ثنا أبو داود ثنا أبو الصباح الشامى عن عبد العزيز الشامي عن أبيه عن أبى أيوب إن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : « يا أبا أيوب ..» فذكره وأشار إلى أن هذا الوجه ضعيف .

وروى معه متابعاً له برقم ١١٠٩٣ بنحوه ثم قال : (تفرد به الوازع عن أبى سلمة ، وروى من وجه آخر ضعيف عن أبى أيوب) - يعنى المذكور آنفا .

وفى مجمع الزوائد ٨/ ٨٠ أن الحديث روى من حديث أبى أيوب وفيه أبو عبيدة متروك . وهو فى المطالب العالية ٢/ ٤٢٠ ونسبه للبزار ، ولم أجده فيما طبع من مسند البزار . وذكره ابن كثير فى تفسيره ١/ ٨٤٢ عند قول الله تعالى « لا خير فى كثير من نجواهم .. » الآيه بنحوه وكذا السيوطى فى الدر المنثور ٢/ ٢٢٢ من حديث أنس ونسباه للبزار ، وفى إسناده : عبد الرحمن بن عبد الله العمرى قال عنه الحافظ في التقريب ١/ ٥٧٨ (متروك)وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد ٨/ ٨٠ : متروك ، وقال : ورواه الطبرانى من حديث أبى أمامة وفيه عبدالله بن حفص صاحب أبى أمامة لم أعرفه وبقية رجاله ثقات .

وانظر كنز العمال ٣ /٣٧ .

٣- سقط هذا الحديث والذى يليه من : أ .

٤- هو عبد الرحمن - أو عبد الله - بن صخر الدوسى ، قدم المدينة سنة سبع للهجرة ، وأسلم ، وشهد خيبر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولازمه رغبة في العلم ، دعاله الرسول صلى الله عليه وسلم بالحفظ فكان أحفظ الصحابة حيث روى ما يزيد على خمسة الآف وثلاثمائة وسبعين حديثا ، روى عنه عدد من الصحابة ، توفي فى المدينة سنة (٥٧ هـ) سبع وخمسين هجرية رضى الله تعالى عنه .

الإصابة ٤/ ٢٠٢ ، الاستيعاب ٤/ ٢٠٢ أيضا ، تذكرة الحفاظ ١/ ٣٢ ، تهذيب الأسماء ٢/ ٢٧٠

٥- رواه أحمد فى مسنده ٢/ ٣٦٦ من حديث سليمان بن بلال عن العلاء عن أبيه عن أبى هريرة بلفظ: «الصلح جائز بين المسلمين »

وأبو داود فى سننه ٤/ ٢٠ ك : الأقضية ١٨ ب : فى الصلح ١٢ رقم ٣٥٩٤ بنحوه .

والدار قطنى فى سننه ٣/ ٢٧ ك : البيوع رقم ٩٧ مختصراً .

والبيهقى فى السنن الكبرى ٦ / ٧٩ .

والحاكم فى المستدرك ٢/ ٤٩ ، ٤ / ١٠١ .

كلهم من حديث أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعاً .

وصححه ابن حبان كما فى موارد الظمآن ٢٩١ ك : القضاء ١٣ ب : فى الصلح ١١٩٩ وفى إسناده كثير بن زيد قال عنه الحافظ فى التقريب ٢/ ٣٨ : صدوق يخطىء وقال عنه الذهبى فى التلخيص - بهامش المستدرك - ٢/ ٤٩ (ضعفه النسائى ، ومشاه غيره) ، ثم قال عن حديث أبى هريرة فى موضع آخر ٤/ ١٠١ (منكر) وأشار إلى أنه مشهور من حديث عمرو بن عوف المزنى - وسيأتى قريبا.

ورواه الدار قطنى أيضا من حديث أبى هريرة فى سننه ٣/ ٢٧ رقم ٩٧ من طريق عبد الله بن الحسين المصيصى ناعفان نا حماد بن زيد عن ثابت عن أبى رافع عن أبى هريرة .. فذكره مختصرا . وعبد الله ابن الحسين هذا كان يسرق الأخبار - انظر المغنى فى الضعفاء للذهبى ١/ ٣٣٥ .

ورواه الحاكم ٢/ ٤٩ من هذا الطريق أيضا .

وقد ورد الحديث من طرق أخرى عن أنس وعائشة وعمرو بن عوف المزنى فأما حديثاً أنس وعائشة فهما عند الحاكم فى المستدرك ٢/ ٤٩ .

وقد ضعفهما الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير ٣/ ٢٣ ، ٤٣ ، وانظر نصب الراية ٤/ ١٢ وأما حديث عمرو بن عوف فذكره المصنف بعد حديث أبى هريرة وسيأتى الكلام عليه .

وروى كثير [١] بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزنى ، عن أبيه ، عن جده ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : [٢] « الصلح جائز بين المسلمين ؛ إلا صلحاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً والمسلمون عند شروطهم ؛ إلا شرطاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً » [٣]] .

---

١ - فى ج : كثير بن عمرو بن عوف ، وفى د : كثير بن عبد الله بن عوف .
وهو : كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزنى ، جده صحابى - وقد روى كثير عن أبيه ، ومحمد ابن كعب القرظى ونافع مولى ابن عمر ، وروى عنه يحى بن سعيد الأنصارى وغيره .
وقد اختلف العلماء فى حاله من حيث الرواية وأكثرهم ضعفة ، واتهمه بعضهم بالكذب .
قال الترمذى فى العلل ٢٤٩ : (يصحح حديثه ، وقد مشّى أمره غير واحد ، وتركه الأكثرون ، وضرب أحمد على حديثه) .
وقال الحافظ فى التقريب ٣٩/٢ : (ضعيف - من السابعة - وأفرط من نسبة إلى الكذب) .
انظر : تاريخ ابن معين ٤٩٤/٢ ، الكامل فى الضعفاء ٢٠٧٨/٦ ، ميزان الاعتدال ٤٠٦/٣ تهذيب التهذيب ٤٢١/٨ ، شرح علل الترمذى ٢٤٩ ، الضعفاء للعقيلى ٥/٤ .
٢- فى جميع النسخ التى ورد بها الحديث قال : لبلال بن الحرث ولم أجده فى إسناده .
٣- خرجه الترمذى فى سننه ٦٣٤/٣ , ٦٣٥ ك : الأحكام ١٣ ب : ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصلح بين الناس ١٧ رقم ١٣٥٢ وقال : هذا حديث حسن صحيح .
وابن ماجه فى السنن ٧٨٨/٢ ك : الأحكام ١٣ ب : الصلح ٢٣ رقم ٢٣٥٣ بدون قوله « والمسلمون عند شروطهم ... » الخ .
وكذا الدار قطنى فى سننه ٢٧/٣ ك : البيوع رقم ٩٨ .
والبيهقى فى السنن الكبرى ٧٩/٦
والحاكم فى المستدرك ٤٩/٢ . وصححه .
وهذا الحديث صححه الترمذى والحاكم - كما سبق - وضعفه ابن حجر فى التلخيص ٤٤/٣ وانتقد بعض العلماء الترمذى عندما صحح هذا الحديث لضعف كثير بن عبد الله .
قال الذهبى فى ميزان الاعتدال ٤٠٦/٣ (وأما الترمذى فروى من حديثه : « الصلح جائز بين المسلمين » وصححه ، فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذى) .
واعتذر الحافظ ابن حجر عن الترمذى فقال فى بلوغ المرام ١٨٣ : (رواه الترمذى وصححه وأنكروا عليه - لأن راويه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ضعيف - وكأنه اعتبره بكثرة طرقه) .
وبعدهذا فإن حديث « الصلح جائز بين المسلمين » ورد عن عدد من الصحابة مرفوعاً ، ولم يسلم طريق من المقال غير أن مجموعها يقوى الحديث كما قال الشوكاني فى نيل الأوطار ٣٧٩/٥ (ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض ، فأقل أحوالها أن يكون المتن الذى اجتمعت عليه حسناً) .
وقال البيهقى فى السنن الكبرى ٦٥/٦ بعد أن ذكر حديث أبى هريرة ثم أتبعه بحديث كثير : (ورواية كثير بن عبد الله إذا انضمت إلى ما قبلها قويتا) .
ومما يجدر التنبيه عليه هنا أنه قد وردت أحاديث - أصح مما ذكره المصنف - تدل على مشروعية الصلح وجوازه ، بل دلت على فضل المصالحة بين الناس وجواز الكذب بقصد الإصلاح .
ومن ذلك ما رواه البخارى فى صحيحه ٣٥٣/٥ ك : الصلح ٥٣ ب : ليس الكاذب الذى يصلح بين الناس ٢ رقم ٢٦٩٢ .
ومسلم فى الصحيح ٢٠١١/٤ ك : البر.(٤٥) ب : تحريم الكذب ٢٧ رقم ١٠١ / ٢٦٠٥ من حديث أم كلثوم بنت عقبة أنها سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « ليس الكذاب الذى يصلح بين الناس ، ويقول خيراً وينمى خيراً » ولفظه لمسلم . وانظر فتح البارى ٣٥٤/٥ .

وروي أن النبى صلى الله عليه وسلم مرّ بكعب بن مالك [١] وهو يلازم غريما له - يقال له : أبو حدرد [٢] وقد ارتفعت بينهما خصومة - فقال النبى صلى الله عليه وسلم لكعب :« خذ منه الشطر ، ودع الشطر » . [٣]

وأما الأثر [٤] فما روى الشافعي [٥] عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى عهده لأبى موسى الأشعري [٦] :

---

١ - الصحابى : كعب بن مالك بن عمرو الأنصارى الخزرجي ، شهد بيعة العقبة وسائر المشاهد إلا بدراً وتبوك ، وهو أحد الثلاثة الذين خلفوا عن تبوك فتاب الله عليهم ، جرح يوم أحد ، وروى ثمانين حديثاً وكان شاعراً ، توفى فى المدينة سنة ثلاث وخمسين هجريه (٥٣هـ) رضى الله تعالى عنه .
الإصابة ٣/٣٠٢ ، الاستيعاب ٣/٢٨٦ ، تهذيب الأسماء ٢/٦٩ .

٢- هو الصحابى عبد الله بن سلامة بن عمير الأسلمى ورد اسمه ونسبه فى رواية البخارى فى كتاب الصلح شهد الحديبية وخيبر ، وبيعة الرضوان ، روى بعض الأحاديث ، مات سنة إحدى وسبعين للهجرة (٧١هـ) رضى الله عنه .
الإصابة ٢/٣٢١ ، الاستيعاب ٢/٢٨٨ ، تهذيب الأسماء ٢/٢١٢ .

٣- متفق عليه من حديث كعب بن مالك وفيه أن النبى صلى الله عليه وسلم أشار بيده لكعب كأنه يقول : النصف - فأخذ نصف ما عليه وترك نصفا ولم أجد فى الرواية أنه صرح بأن يأخذ الشطر ويدع الشطر، ولكنه أشار بذلك بيده صلى الله عليه وسلم .
صحيح البخاري ك الصلاة : ٨ ب : التقاضي والملازمة فى المسجد ٧١ رقم ٤٥٧ جـ١ / ٦٥٧ .
و ب : رفع الصوت فى المسجد ٨٣ رقم ٤٧١ جـ١ / ٦٦٩ .
و ك : الخصومات ٤٤ ب : كلام الخصوم بعضهم فى بعض ٤ رقم ٢٤١٨ جـ٥ / ٨٨
و ب : الملازمة ٩ رقم ٢٤٢٤ جـ٥ / ٩٢
وك : الصلح ٥٣ ب : هل يشير الإمام بالصلح ١٠ رقم ٢٧٠٦ جـ ٥ / ٣٦٢ .
ورواه مسلم فى صحيحه ٣/١١٩٢ ك : المساقاة٢٢ ب : استحباب الوضع من الدين ٤ رقم ، ٢٠/١٥٥٨ .
ورواه أبو داود فى سننه ٤/٢٠ ك الأقضية ١٨ ب : فى الصلح ١٢ رقم ٣٥٩٥
وابن ماجة فى سننه ٢/٨١١ ك : الصدقات ١٥ ب : الحبس فى الدين والملازمة ١٨ رقم ٢٤٢٩ وفيه «فنادى كعباً فقال : لبيك يا رسول الله ، قال «دع من دينك هذا ، وأومأ بيده إلى الشطر »،
والنسائى فى سننه ٢/٢١٤ ك : آداب القضاة ب : إشارة الحاكم على الخصم بالصلح .
وأحمد فى مسنده ٦/٣٨٦ ، ٦/٣٩٠
والبيهقي فى السنن الكبرى ٦/٥٢ .

٤ - الأثر فى اصطلاح الفقهاء هو : ما يروى عن الصحابى ، والخبر ما يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أما عند المحدّثين فكل ذلك يسمى أثراً .
علوم الحديث لابن الصلاح ٤٢ ، تدريب الراوى للسيوطى ١٠٩ ، شرح النووى على صحيح مسلم ١/٦٣ .

٥- الأم ٣/٢٦٦ وانظر:معرفة السنن والآثار للبيهقى ٨/٢٧٧ .

٦- هو الصحابى : عبد الله بن قيس بن سليم الأشعرى الكوفى ، قدم على النبى صلى الله عليه وسلم مكة قبل الهجرة وأسلم ثم هاجر الهجرتين ، كان حسن الصوت بالقرآن الكريم فقد أوتى مزماراً من مزامير آل دواد ، كان من القضاة حيث بعثه النبى صلى الله عليه وسلم إلى اليمن ، واستعمله عمر على البصرة ، وعثمان على الكوفة - توفى سنة اثنتين وأربعين هجرية وقيل غير ذلك رضى الله عنه .
الإصابة ٢/٣٥٩ ، حلية الأولياء ١/٢٥٦ ، تهذيب الأسماء ٢/٢٦٨ ، تهذيب التهذيب ٥/٣٦٢ .

(والصلح جائز بين المسلمين ؛ إلا صلحاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً)[١]
وروي أن أكثر قضايا عثمان - رضى الله عنه - كانت صلحاً [٢].
وقد قيل فى تأويل قوله تعالى : (وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب)[٣] ثلاثة تأويلات :[٤]
أحدها : الصلح بين الخصوم[٥]
والثانى : فصل الحكم بنفسه - من غير استخلاف فيه .
والثالث : سرعة القضاء ، وبت الحكم.
وأما الاتفاق فهو : إجماع المسلمين/على جواز الصلح وإباحته بالشرع.[٦] ٦٧ب
وإنما اختلف أصحابنا : هل هو رخصة [٧] - لاستثنائه من جملة محظورة - أو هومندوب إليه[٨] - لكونه أصلاً بذاته ؟ على وجهين :[٩]

١- هو جزء من كتاب عمر إلى أبى موسى - رضى الله عنهما - كتبه له فى القضاء خرجه البيهقى فى السنن الكبرى : فى كتاب الصلح ٦٣/٦ ، وكتاب القضاء ١٣٥/١٠ من حديث سفيان بن عينية عن إدريس الأودى قال أخرج إلينا سعيد ابن أبى بردة كتاباً فقال : هذا كتاب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى.
وفى سنده انقطاع ، قال الحافظ فى التقريب ٣٤٩/١ (رواية سعيد عن ابن عمر مرسلة) فكيف بروايته عن عمر ؟
وخرجه البيهقى أيضاً فى معرفة السنن والآثار ٢٧/٨ من طريق أبى العوام البصرى قال كتب عمر إلى أبى موسى ..
لكن أبا العوام البصرى لم يدرك أحداً من الصحابة ، فالسند منقطع كذلك.
قال البيهقى : وقفه على عمر أشهر. وهو فى سنن الدارقطنى ٢٠٦/٤ ، ٢٠٧ ك : الأقضية رقم ١٥ ، ١٦ من طريقين : إحداهما من طريق سعيد بن أبى بردة ، وقد تقدم الكلام عليها فى رواية البيهقى . والأخرى من طريق عبيد الله بن أبى حميد عن أبى المليح الهذلى قال : كتب عمر بن الخطاب إلى أبى موسى الأشعرى : أما بعد ...
وعبيد الله بن أبى حميد متروك - قاله الحافظ فى التقريب ٦٣١/١ .
٢- لم أجده .
٣- سورة ص ، الآية (٢٠) .
٤- ذكر المصنف فى تفسيره : النكت والعيون ٨٤/٥ خمسة تأويلات - ليس الصلح منها - وهي :
١- القضاء والعدل فيه
٢- تكليف المدعى البينة والمدعى عليه اليمين .
٣- قول « أما بعد » لأن داود عليه السلام « أول من تكلم بها » .
٤- البيان الكافى فى كل غرض .
٥- أنه الفصل بين الكلام الأول والكلام الثانى - وهذا قريب من الثالث .
وقد ذكر أبو جعفر الطبرى الأقوال فى تفسير الآية ١٣٩/٢٣ ، ١٤٠ وهى :
العلم بالقضاء ، البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، الصواب فى الحكم ، الشهود ، قول : أما بعد - ثم قال : فالصواب أن يعم فيقال : أوتى داود فصل الخطاب فى القضاء والمحاورة والخطب .
وانظر : الدر المنثور ٣٠٠/٥ ، تفسير القرطبى ١٦٢/١٥ .
والتأويلات المذكورة إنما هى فى قوله تعالى « وفصل الخطاب » .
أما الحكمة فهى النبوة.المصادر السابقة.
٥- وعليه تكون الآية دليلاً على جواز الصلح وفضله .
٦- الاتفاق واقع على صلح الإقرار أما صلح الإنكار ففيه خلاف بين الشافعية وبين الجمهور وسيأتى - انظر: بداية المجتهد ٢٩٣/٢ ، المغنى لابن قدامة ٣٥٧/٤ ، مختصر الطحاوى ٩٨ . مغنى المحتاج ١٧٧/٢ ، الإفصاح لابن هبيرة ٣٧٨/١ .
٧- الرخصة : ماوسع للمكلف فى فعله لعذر ، وعجز عنه - مع قيام السبب المحرم .
المستصفى للغزالى ٩٨/١ ، الإحكام للآمدى ١٣٢/١ .
٨- المندوب إليه هو ما أثيب فاعله ولم يعاقب تاركه .
الإحكام للآمدى ١١٩/١ ، نهاية السول ٧٧/١ .
٩- المطلب العالى لابن الرفعة - مخطوط - ٥٠/١٠ ، تحفة المحتاج ١٨٧/٥ ، حاشية أبى الضياء على نهاية المحتاج ٣٨٢/٤ . وهو رخصة على المعتمد .

أحدهما – وهو ظاهر قول أبى إسحاق المروزى[١] ، وأبي علي بن أبى هريرة : [٢] أنه رخصة .

لأنه فرع لأصول يعتبر بها فى صحته وفساده [٣] ، وليس بأصل بذاته .

فصار لاعتباره بغيره رخصة مستثناة من جملة محظورة .

والوجه الثانى – وإليه ذهب أبو الطيب بن سلمة – :[٤] : أنه مندوب إليه .

لكونه أصلاً بذاته ؛ قد جاء الشرع به ، وجرى العمل[٥] عليه وقد أشار إلى القول به أبو حامد[٦] .

١- أبو إسحاق المروزى هو : إبراهيم بن أحمد بن إسحاق الشافعى ، كان إماما جليلاً ورعاً ، تفقه على ابن سريج ، عاش فى بغداد ونشر مذهب الشافعى ، من أصحاب الوجوه فى المذهب ، انتهت إليه الرئاسة فى العلم ببغداد ، رحل إلى مصر فأقام بها حتى توفى سنة أربعين وثلاثمائة هـ (٣٤٠هـ) وقد شرح مختصر المزنى ، وصنف فى الأصول – رحمه الله تعالى .

طبقات الفقهاء للشيرازى ٩٢، تاريخ بغداد ١١/٦ ، طبقات الإسنوى ٣٧٥/٢ ، تهذيب الأسماء ١٧٥/٢ ، وفيات الأعيان ٧/١ ، طبقات الشافعية لابن قاضى شهبة ١٠٦/١ .

٢- الحسن بن الحسين القاضى ، أبو على ، إمام جليل ، من أصحاب الوجوه فى المذهب الشافعى ، تفقه على ابن سريج وأبى إسحاق المروزى ، وعارض أبا إسحاق بأجوبة صحيحة ، عاش فى بغداد ودرس بها ، كان معظماً عند السلاطين وغيرهم ، شرح مختصر المزنى وقد توفى ببغداد سنة خمس وأربعين وثلاثمائة (٣٤٥هـ) رحمه الله تعالى .

الطبقات الكبرى للسبكي ٣/٢٥٦ ، طبقات الفقهاء للشيرازي ٩٢ ، تذكرة الحفاظ ٨٥٧/٣ وفيات الأعيان ٣٥٨/١ .

٣- ويأخذ أحكامها فصلح الإقرار إن جرى على عين غير المدعاة فهو بيع بلفظ الصلح تثبت فيه أحكامه كالرد بالعيب ، والشفعة ، ومنع التصرف قبل القبض .. ، أو على منفعة فهو إجارة تثبت فيه أحكامها ، أو على بعض العين المدعاة فهبة لبعضها .. وإن صالح من دين على بعضه فهو إبراء عن باقيه ..

المهذب ٣٣٣/١ ، فتح العزيز ٢٩٥/١ ، الروضة ١٩٣/٤ ، المنهاج – مع مغنى المحتاج ١٧٩/٢ الأشباه والنظائر للسيوطى ٤٦٠ .

٤- أبو الطيب محمد بن المفضل بن سلمة البغدادى ، كان من كبار الفقهاء ومتقدميهم ، درس على أبى العباس بن سريج ، كان ذكياً ، صنف عدداً من الكتب ، توفى فى شبابه سنة ثمان وثلاثمائة للهجرة (٣٠٨ هـ) رحمه الله تعالى.

البداية والنهاية ١١٥/١٠ ، تهذيب الأسماء ٢/ ٢٤٦ ، طبقات الشافعية لابن قاضى شهبة ١٠٣/١ .

٥- فى جـ : وجرى القلم عليه .

٦- القاضى أحمد بن بشر بن عامر العامرى المرور وذى منسوب إلى مرو الروذ ، مدينة بخراسان – نزل البصرة ، من أئمة الشافعية ، أخذ عن أبى إسحاق المروزى ، شرح مختصر المزنى ، وصنف فى الأصول ، من أشهر كتبه "الجامع" لإحاطته بالأصول والفروع وإتيانه على النصوص والوجوه ، مات سنة اثنتين وستين وثلاثمائة (٣٦٢هـ) – رحمه الله تعالى .

الطبقات الكبرى للسبكى ١٢/٣ ، طبقات الشافعية لابن هداية الله ٢٧ ، وفيات الأعيان ٥٢/١، تهذيب الأسماء ٢١١/٢ ، شذرات الذهب ٤٠/٣ .

فصل : (حديث : «الصلح جائز ..» هل هو عام أو مجمل ؟) :

فأما قوله : «الصلح جائز بين المسلمين ؛ إلا صلحاً أحل حراماً ، أو حرم حلالاً» [١] فـقـد اختلف أصحابنا فيه : هل هو عام ، أو مجمل[٢] ؟ على وجهين :[٣] .

أحدهما : أنه مجمل – وهو قول من جعله معتبراً بغيره ، ولم يجعله أصلاً بذاته .

والثانى : أنه عام – وهو قول من جعله أصلاً بذاته .

فأما الصلح الذى يحرم الحلال فهو : أن يصالحه على دار ، على أن [٤] لا يسكنها ، أو يصالح زوجته على أن لا يتزوج عليها أو على أن لا يطلقها – فيحرم على نفسه بالصلح ما أحله الله له من السكنى [والنكاح][٥] والطلاق .

وأما الصلح الذى يحللّ الحرام فـهو : أن يصالحه من دراهم على أكثر منها ، أو على دنانير مؤجلة ، أو على خمر أو خنزير – [فيستحلّ] [٦] بالصلح ما حرم عليه من الربا والخمر والخنزير .[٧]

١- سبق تخريجه فى أول الكتاب .

٢ – العام هو اللفظ المستغرق لما يصلح له بحسب وضع واحد .

المعتمد لأبى الحسين البصرى ٢٠٣/١ ، المحصول للرازى ٥١٣/١ ، إرشاد الفحول للشوكانى ١١٢هـ

أما المجمل فهو : مالم تتضح دلالته .

مختصر ابن الحاجب مع شرحه للعضد ١٥٨/٢ ، المستصفى للغزالى ٢٤٥/١ ، الإحكام للآمدي ٨/٣ .

٣ – لم أر من ذكر هذه المسألة وصرح بالوجهين فيها إلا ابن الرفعة فى المطلب العالى فى شرح الوسيط للغزالى – مخطوط – ٥٠/١٠ .

وقد أشار المصنف هنا إلى أنهما مبنيان على الخلاف فى كون الصلح أصلاً بذاته أو رخصة وقد سبق ذكر من قال بذلك آنفاً .

٤- فى د : على أن يسكنها .

٥- سقطت من : أ .

٦ – سقطت من : د ، وفى أ : فيحل .

٧ – انظر:الجوهر النقى ٦٦/٦ ، تحفة الأحوذى ٥٨٤/٤ ، المغنى لابن قدامة ٣٧٢/٤ ، نيل الأوطار ٣٨٠/٥ ، إعلام الموقعين ١٠٧/١ . . .

ق٦٨

مسألة : (صلح الإقرار وأنواعه) :

قال الشافعي - رحمة الله تعالى -: (فما جاز في البيع/جاز في الصلح ، وما بطل فيه بطل في الصلح)[١].

وهذا صحيح وجملة الصلح ضربان : معاوضة وحطيطة .

فأما المعاوضة : فهو أن يصالح على حقه من غير جنسه .

مثل : أن يصالح على دراهم بدنانير ، أو على دنانير بدراهم . فهذا بيع - يجري عليه حكم [البيع] [٢].

فإن كان مما يدخله الربا - كالصلح على الدراهم بالدنانير ، أو على البر بالشعير - : لزم فيه القبض[٣] قبل الافتراق ، ودخله خيار المجلس دون خيار الشرط[٤]. وإن كان مما لا ربا فيه : جاز فيه الافتراق قبل القبض وثبت فيه خيار المجلس وخيار الثلاث[٥] وصح فيه دخول الأجل وأخذ الرهن ..

فيعتبر في صحته وفساده [ما يعتبر في صحة البيع وفساده][٦] وهو الذى بدأ به الشافعي .[٧]

وأما الحطيطة : فهو أن يصالحه من حقه على بعضه وذلك ضربان :

أحدهما : أن يكون الحق في الذمة[٨] ، [والثاني : أن يكون عيناً قائمة .

فإن كان الحق في الذمة][٩] فصورته : أن يدعى عليه مائة دينار فيعترف بها ، ويصالحه منها [على][١٠] خمسين [دينارا][١١].

١- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٣/٢٢٦

٢- سقطت من : د .

٣- في د : القرض

٤- في ب ، جـ ، د : دون الثلاث .

٥ - مذهب الشافعية أن خيار الشرط يجوز ثلاثة أيام في البيوع التى لا ربا فيها فهو يسمى خيار الثلاث ، والخيار هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه.

أنظر : المهذب ١/٢٥٨ ، روضة الطالبين ٣/٤٤٤ ، مغني المحتاج ٢/٤٣ .

٦- سقط من : د

٧- صلح المعاوضة بيع ، انظر المهذب ١/٣٣٣ ، فتح العزيز ١٠/٢٩٥، روضه الطالبين ٤/١٩٣ ، مغنى المحتاج ٢/١٧٧ ، نهاية المحتاج ٤/٣٨٣ ، كفاية الأخيار ١/٢٧١ .

٨- (اصطلح الفقهاء على استعمال لفظ الذمة موضع الذات والنفس ، فقولهم : وجب فى ذمته أى في ذاته ونفسه لأن الذمة العهد والأمانة محلها النفس والذات فسمي محلها باسمها) . تهذيب الأسماء واللغات مج٣ جـ١ ق٢/ ١١٢ .

وما فى الذمة هو الدين ، أما العين القائمة فهي الشيء الحاضر.المصدر السابق مج ٣ جـ٢ ق٢ / ٥٣ .

٩- سقط من : د .

١٠- سقطت من :د .

١١- ليست فى : أ .

فهذا يكون إبراء .

فإن حط الباقي بعد الخمسين بلفظ الإبراء - فقال : قد صالحتك على خمسين دينارا [وأبرأتك من الباقي - صحّ - إلا أن يخرج الإبراء مخرج الشرط - فيقول : إن أعطيتنى خمسين ديناراً فقد][1] أبرأتك من الباقى ، أو يقول : قد أبرأتك من خمسين دينارا . إن دفعت [2] إلى خمسين ديناراً فلا يصح هذا الإبراء .

وكذلك لو قال : إن أقررت لي بحقي فقد أبرأتك من خمسين ديناراً ، فأقر لم يبرأ من شيء .

لأن تعليق [3] البراءة بشرط لا يصح [4].

فأما إن حط / الباقى بغير [5] لفظ الإبراء - فقال : قد صالحتك من المائة على خمسين - ففيه وجهان [6]: ٦٨ب

أحدهما - وهو قياس [قول][7] أبى إسحاق المروزى - لايصح .

والثانى - وهو قياس [8] [قول][9] أبى الطيب بن سلمة - : يصح .

وتوجيه هذين القولين [10] مبني على ما نذكره عنهما فيما بعد . [11]

١- سقط من : د .

٢ - فى جـ : إن أعطيتنى .

٣ - فى جـ : لأن تعلق .

٤- فتح العزيز ٢٩٩/١٠ ، الروضة ١٩٣/٤ ، مغنى المحتاج ١٧٨/٢ ، تحفة المحتاج ١٨٩/٥ ، أسنى المطالب ٢١٥/٢ ، حاشيتى قليوبى وعميره ٣٠٨/٢ .

٥- فى أ : بلفظ الإبراء .

٦ - المهذب ٣٣٣/١ . حلية العلماء ٩/٥ ، فتح العزيز ٢٩٩/١٠ ، الروضة ١٩٦/٤ ، مغنى المحتاج ١٧٩/٢ كفاية الأخيار ٢٧١/١ نهاية المحتاج ٣٨٦/٤ ، وذكر النووى فى الروضة والمنهاج أن الأصح : الصحة .

٧- سقطت من : د .

٨- فى د : وهو قياس على .

٩- سقطت من : ب .

١٠- فى ب و د : المذهبين .

١١- ص ٤٨ .

وإن كان الحق عينا قائمة فصورته : أن يدعي داراً في يدي رجل فيعترف بها ، ويصالحه منها على نصفها . فهذا يكون هبة .

فإن فعل ذلك بلفظ الهبة [(١)] - فقال بعد أن أقر له بالدار : قد وهبت لك نصفها - صح ، واعتبر فيه ما يعتبر في صحة الهبة - [من القبول][(٢)]، ومرور زمان القبض .[(٣)]

وهل يحتاج إلى إذنه في القبض ؟ على قولين[(٤)(٥)].

وإن لم يذكره بلفظ الهبة - بل قال : قد صالحتك من هذه الدار على نصفها - ففيه وجهان :[(٦)]

أحدهما - وهو نص قول أبي إسحاق المروزي - : أنه لا يجوز .

لأنه مالك لجميع الدار ؛ فلم يجز أن يصالحه [(٧)] على بعضها . - كما لا يجوز - فيما نصّ عليه الشافعي - أن يصالحه على سكناها .[(٨)] والوجه الثاني - وهو قول أبي الطيب ابن سلمة- : أنه يجوز لأنه لما جاز أن يصالحه [(٩)]مما في الذمة على بعضه جاز أن يصالحه عن الأعيان على بعضها .

ومن هذين تخريج الوجهين الأولين [(١٠)].

و [كل] [(١١)] ذلك بناء على اختلاف المذهبين في الصلح :

هل هو فرع لغيره ، أو أصل بذاته ؟ .[(١٢)]

١- الهبة : التمليك بلا عوض انظر : روضة الطالبين ٣٦٤/٥ ، مغني المحتاج ٣٩٦/٢ ، تصحيح التنبيه ٩٣ .

٢- سقطت من : د .

٣- الروضة ١٩٣/٤ ، مغني المحتاج ١٧٨/٢، نهاية المحتاج ١٨٩/٥ ، أسنى المطالب ٢١٥/٢ .

٤- في د : على وجهين .

٥- الأم ١٤٢/٣ ، ٦٥/٤ المختصر ١٩٦ ، ٢١٣ ، ٢٣٤ . وانظر المهذب ٣٠٦/١ ، الروضة ١٩٣/٤ ، مغني المحتاج ٢/ ١٢٨ ، ٤٠٠ .

وقال النووي : الخلاف فيه كالخلاف في الرهن - والأظهر اشتراط إذنه في القبض فيهما .

٦- المهذب ٣٣٣/١ ، حلية العلماء ٨/٥ ، فتح العزيز ٢٩٥/١٠ ، الروضة ١٩٤/٤ ، مغني المحتاج ١٧٨/٢ ، نهاية المحتاج ٣٨٤/٤ ، قال النووي في الروضة عن الوجهين (وأصحهما : الصحة لأن الخاصية التي يفتقر إليها لفظ الصلح - وهي سبق الخصومة - وقد حصلت) . وقد ذكر في المنهاج - مع مغني المحتاج - أن سبق الخصومة لابد منه وإلا بطل الصلح على الأصح .

٧- في أ : أن يصالح .

٨- قال في الأم ٢٢٩/٣ : (وإن كان لم يقر له إلا على أن يسكنها فالصلح باطل ، وهما على أصل خصومتهما ..) .

٩- في ب و جـ و د و م : على ما في الذمة على بعضه .

١٠ - السابقين ص٤٧ .

١١- سقطت من : د .

١٢ - مرا ص ٤٣ ، ٤٤ .

٢- مسألة : (**المخارجة في الميراث**):

قال الشافعي - رحمه الله تعالى[١] - (فإن صالح رجل أخاه من موروثه[٢] : فإن عرفا ما صالحه عليه بشيء يجوز في البيع جاز)[١] وهذا صحيح .

ومقصود الشافعي بهذا تفسير قوله : (فما جاز في البيع جاز في الصلح ، وما بطل فيه بطل في الصلح)[٣].

P ٦٩

فإذا ورث أخوان تركة صالح أحدهما الآخر على مال من حقه لتصير له التركة كلها بإرثه وصلحه : فهذا في حكم البيع - لأنه يصير مشتريا من أخيه نصيبه[٤] من الميراث - فيصح بثلاثة شروط - تعتبر بها صحة البيع :

أحدها : معرفة التركة بالمشاهدة لها ، والإحاطة بها .

والثاني : معرفة قدر ما يستحقه المصالح - بالإرث - منها .

والثالث : كون العوض معلوما تنتفي الجهالة عنه .

- فإن لم يشاهدا التركة ، أو جهلا حصة[٥] المصالح ، أو قدر العوض : بطل الصلح .[٦]

١- المختصر ٢٠٤/٨ ، الأم ٢٢٦/٣

٢- في د : في موروثه ، وفي المختصر : من مورثه .

٣- سبق في ص ٤٦ .

٤- في د : نصيبا من .

٥- في ب : جهة المصالح ، وفي جـ : صحة المصالح ، وفي د : صفة المصالح .

٦- انظر شروط البيع هذه في المهذب ٢٦٢/١-٢٦٣ ، التنبيه ٦٣ ، الروضة ٣٥١/٣ ، ١٩٦/٤ ،مغني المحتاج ١٦/٢ .

٣- مسألة : (صلح الإنكار - والخلاف فيه):

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : (ولو ادعى رجل على رجل حقاً فصالحه من دعواه وهو منكر فالصلح باطل ، ويرجع المدعي على دعواه ، ويأخذ منه صاحبه ما أعطاه) .[١]

وهذا كما قال .

الصلح على الإنكار باطل - حتى يصالح بعد الإقرار بالدعوى .[٢] وقال أبو حنيفة[٣] ، ومالك[٤] يجوز الصلح مع الإنكار .[٥]

١- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٢٢٦/٣ .

٢- مذهب الشافعية أن صلح الإنكار يبطل إن جرى على غير المدعى ، وإن جرى على بعضه فيبطل أيضاً في الأصح .

وقد قال ببطلانه كذلك : الظاهرية ، وهو رواية عند الحنابلة .

وصورته أن يدعى المدعى عينا أو ديناً فينكر المدعى عليه ثم يدفع للمدعى مالاً ليتخلص من دعواه .

الأم ٢٢٦/٣ ، المختصر ٢٠٤ ، المهذب ٣٣٣/١ ، التنبيه ٧٣ ، فتح العزيز ٣٠١/١٠ ، روضة الطالبين ١٩٨/٤ مغنى المحتاج ١٨٠/٢ .

والمحلى ٤٦٤/٦ .

ومذهب الجمهور وهم الحنفية والمالكية والحنابلة أن صلح الإنكار يجوز بشرط أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه يعتقد صحة ما قاله .

٣- المبسوط ١٣٩/٢٠ ، بدائع الصنائع ٣٤٩٢/٧ ، الهداية ٢١٤/٣ ، الاختيار ٥/٣ ، تبيين الحقائق ٣٠/٥ ، مختصر الطحاوى ٩٨ ، فتح القدير ٤٠٥/٨ .

٤- المدونة ٣٦٤/٤ ، بداية المجتهد ٢٩٣/٢ ، مواهب الجليل ٨٣/٥ ، الخرشى ٤/٦ ، الإشراف ١٧/٢ ، الكافى فى فقه أهل المدينة ٨٧٨/٢ ، حاشية الدسوقي ٣٠٩/٣ ، قوانين الأحكام ٣٦٦ .

٥- وهو المذهب عند الحنابلة وفى رواية : لا يصح .

المغنى ٣٥٨/٤ ، الكافى ٢٠٢/٢ ، الفروع ٢٦٤/٤ ، الإنصاف ٢٤٣/٥ ، شرح المنتهى ٢٦٣/٢ ، كشاف القناع ٣٨٥/٣ ، الروض المربع ٢٥٢.

استدلالاً بعموم قوله تعالى:(والصلح خير)[(١)]

ولما روي عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « كل مال وقى المرء به عرضه فهو صدقة ».[(٢)]

والصدقة تستحب لباذلها ، وتحل لآخذها - فهكذا الصلح .

ولأنه بذل مالاً فى الصلح مختاراً فصح - كالمقربه .

ولأنه مدع لم يعلم كذبه فصح صلحه - كالمقرله .

ولأن اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني ؛ فلما اختص الصلح باسم غير البيع وجب أن يكون مخالفاً لحكم البيع ، ولو[(٣)] كان لا يجوز إلا بعد الإقرار لكان بيعاً محضاً ، ولم يكن لاختصاصه باسم الصلح معنى . ٦٩ب

ولأن الاعتبار فى الأصول بالآخذ دون الباذل ،[(٤)] ألا ترى أن شاهداً لو شهد على رجل بعتق عبده فردّتْ [شهادته] ،[(٥)] ثم ابتاعه الشاهد منه حلّ له أخذ ثمنه لاعتقاد إحلاله - وإن كان الباذل [معتقداً لتحريمه - فكذا الصلح يحل للآخذ - وإن كان الباذل][(٦)] منكرا .

١- سورة النساء ، من الآية (١٢٨)

كما استدل الجمهور بعموم الحديث الذى مرّ فى صدر الكتاب « الصلح جائز بين المسلمين » وقد استدل الشافعية بالاستثناء فى هذا الحديث على إبطال ذاك الصلح كما سيذكره المصنف .

والنصوص التى بدأ بها المصنف كتابه يصلح عمومها أن يكون دليلاً للجمهور على جوازه .

٢- رواه الحاكم فى المستدرك ٢/ ٥٠ من حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل معروف صدقة ، وماوقي المرء به عرضه كتب له به صدقة .. » قال الحاكم : « صحيح ولم يخرجاه » .

ولم يوافقه الذهبى لأن فى إسناده عبد الحميد بن الحسن الهلالى .

قال عنه الذهبى : وثقه ابن معين وضعفه أبو زرعة والدار قطنى - المغنى فى الضعفاء ١/٣٦٨ ، الكاشف ٢/١٤٩ .

وقال الحافظ ابن حجر فى تقريب التهذيب ١/٥٥٤ : صدوق يخطىء . وقد روى الدار قطنى هذا الحديث فى سننه ٣/٢٨ كتاب البيوع رقم ١٠١ - بمثل رواية الحاكم .

وروى الحاكم بعده فى المستدرك ٢/ ٥٠ حديثاً عن أنس مرفوعاً بلفظ «من استطاع منكم أن يقى دينه وعرضه بماله فليفعل»

وفى إسناده : أبو عصمة نوح بن مريم - قال عنه الذهبى فى التلخيص : هالك . وفى التقريب لابن حجر ٢/٢٥٥ : (كذبوه فى الحديث ، وقال ابن المبارك : كان يضع .) .

٣- فى أ : ولا كان

٤- فى أ : دون التارك

٥- سقطت من : جـ .

٦- سقط من : جـ .

ولأن فى المنع من الصلح [مع الإنكار منعاً من الصلح بكل حال ؛ لأنه يبعد الصلح][1] مع الإقرار ، فلم يبق له محلّ إلا مع الإنكار .[2]

ودليلنا : قوله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل »[3] والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل [4] ؛ لأنه لم يثبت له حق يجوز أن يعاوض عليه .[5]

١- تكرر فى : د .

٢- يقول الإمام أبو حنيفة : (أجود ما يكون الصلح عن إنكار لأن الحاجة إلى جوازه أمس - لأن الصلح لقطع المنازعات وإطفاء الثائرات ، وهو فى الصلح عن الإنكار أبلغ) المبسوط ١٣٩/٢٠ ، الاختيار لتعليل المختار ٤/٣ .

ويقول ابن قدامة الموفق فى الكلام عن جواز صلح الإنكار وأهميته (.. فيدفع إلى المدعى شيئاً : افتداء ليمينه ، وقطعا للخصومة ، وصيانة لنفسه من التبذل وحضور مجلس الحاكم ، فإن ذوى النفوس الشريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك ، ويرون دفع ضرره عنهم من أعظم مصالحهم ، والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصيانتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم .

والمدعى يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الثابت له فلا يمنعه الشرع من ذلك أيضا ..) المغنى ٣٥٨/٤ وانظر الشرح الكبير لأبى الفرج المقدسى ٩/٣ .

٣- سورة البقرة ، من الآية (١٨٨) .

٤- يقول السرخسى فى المبسوط ١٤٣/٢٠ : (هذا ليس أكلاً للمال بالباطل ولكنه بمنزلة التجارة عن تراض ... وفى الحقيقة : الخلاف بيننا وبين الشافعى رحمه الله ينبنى على الإبراء عن الحقوق المجهولة بعوض . وهولايجوز عنده لأن معنى التملك يغلب فى الصلح فيكون كالبيع ؛ وجهالة المبيع تمنع صحة البيع فكذلك جهالة المصالح عنه . وعندنا ذلك جائز بعوض وبغير عوض ..) .

٥- زاد ابن حزم الاستدلال بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم حرام » وهو جزء من حديث جابر فى الحج رواه مسلم ٨٨٦/٢ .

كما استدل بحديث العسيف الذى زنى فصالح أبوه عن الحد (فأبطل الرسول صلى الله عليه وسلم الصلح المذكور وفسخه !) . انظر : المحلى ٤٦٥/٦ . (وحديث العسيف متفق عليه فى كتاب الحدود : البخارى ٥٢٣/١١ ، مسلم ١٣٢٤/٣) .

وما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الصلح جائز بين المسلمين ؛ إلا صلحاً أحل حراماً ، أو حرّم حلالاً » ، والصلح على الإنكار محرم للحلال ومحل للحرام ؛ لأنه يحل المعاوضة على غير حق [ثابت] [١] وذلك حرام ، ويحرم على المدعي باقي حقه - وذلك حلال [٢].

ولأنه صلح على مجرد الدعوى فوجب أن يكون باطلاً ؛ كما لو ادعى قتل عمد فصولح عليه مع الإنكار .

ولأنه اعتاض على حق لم يثبت له ؛ فوجب أن لا يملك عوضه - أصله إذا ادعى وصية فصولح بمال .

ولأنه صالح من لم يعلم صدقه فوجب ألاّ يصح - كما لو علم كذبه . [٣]

١- سقطت من : أ .

٢- سبق تخريج الحديث ص٤٤ ، واستدل الجمهور بعموم أوله على صحة صلح الإنكار ، واستدل الشافعية بالاستثناء على بطلانه ، لأن ذاك الصلح يحل الحرام ويحرم الحلال كما قال المصنف .

إلا أن المصححين لصلح الإنكار قالوا (إن آخر الحديث مؤول ومحمول على ما أحل حراماً لعينه كالخمر ، أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرّة .

قالوا : والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل بالحديث أصلاً .. لأنه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال بعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الإقرار كالصلح على غيره فى الاشتمال على إحلال الحرام وتحريم الحلال ، لأن الصلح فى العادة لا يكون إلا على بعض الحق ، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعى قبل الصلح وحُرِّم بالصلح ..) المبسوط ١٤٣/٢٠ ، العناية على الهداية - مع فتح القدير ٤٠٧/٨ .

وقالوا أيضاً لا يصح منع صلح الإنكار بالحديث ولا يمكن حمله عليه لوجهين :

أحدهما : أن ما ذكره الشافعية يوجد فى الصلح بمعنى البيع فإنه يحل لكل منهما ما كان محرما عليه قبله ، وكذلك الصلح بمعنى الهبة فإنه يحل للموهوب له ما كان محرماً عليه - والشافعية لا يمنعون ذلك. والثانى : أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحاً فإن الصلح الفاسد لا يحل الحرام ..) المغني لابن قدامة ٣٥٨/٤ ، والشرح الكبير لأبى الفرج بن قدامة ٨/٣ ،٩ ..

٣- سبق أن الذين صححوا صلح الإنكار يشترطون لصحته أن يكون المدعي والمدعى عليه يعتقدان صحة قولهما (فأما إن كان أحدهما كاذبا مثل أن يدعى المدعى شيئاً يعلم أنه ليس له وينكر المنكر حقا يعلم أنه عليه فالصلح باطل فى الباطن ..) وهذا محل اتفاق. الإفصاح ٣٧٨/١ رحمة الأمة ١٥٥ ، المغني لابن قدامة ٣٥٩/٤ ، المدونة ٣٦٤/٤ ، مختصر خليل١٩١ ، فتح القدير ٤٠٨/٨ .

ولأنه نوع معاوضة لا يصح مع الجهالة ؛ فوجب ألاَّ يصح مع الإنكار - كالبيع .
ولأن الصلح لمّا لم يجز على مجهول الوصف فأولى ألا يجوز على مجهول العين .
ولأن المبذول بالصلح لا يخلو من أربعة أحوال : ٧٠ / ب
إما أن يكون مبذولاً لدفع الأذى ، أو يكون مبذولاً لقطع الدعوى ، أو يكون مبذولاً للإعفاء من اليمين ، أو يكون للمعاوضة .[١]

فلم يجز أن يكون لدفع الأذى : لأنه من أكل المال بالباطل . ولم يجز أن يكون لقطع [الدعوى][٢] لما فيه من اعتبار ما يمنع من الربا - وهو : إذا كان الحق ألفا لم يجز أن يصالحه على أكثر منها ، ولو كان دراهم صولح عليها بدنانير لم يجز أن يفارقه قبل قبضها ؛ ولو كان لقطع الدعوى لجاز الافتراق .[٣]

ولم يجز أن يكون للإعفاء من اليمين[٤] : لما ذكرنا من الأمرين . فثبت أنه مبذول للمعاوضة : والمعاوضة تصح مع الإقرار ، وتبطل مع الإنكار .[٥]
ولأن مالم يجب من الحقوق لم تجز المعاوضة عليه .

١- يقول الآخرون إن صلح الإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة ، وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة .. الهداية ١٩٣/٢ ، فتح القدير ٤١٠/٨ ، بداية المجتهد ٢٩٤/٢ ، الشرح الكبير ٩/٣ .

٢- سقطت من : د

٣- ستأتى هذه المسألة ص ١٦٧.

٤- قال الجمهور : لا مانع أن يكون لافتداء اليمين فإنه قد روى عن بعض السلف أنه بذل مالاً فى دفع اليمين عنه .
قال ابن العربى فى عارضة الأحوذى ١٠٤/٦ : فإنه يفدي يمينه الواجبة عليه ، وكما تقتضى اليمين يقتضى ثمنها ، وكما يحلّفه ولعله لا تجب عليه اليمين ؛ كذلك يقضى عليه بالصلح ولعله ليس عليه شيء) . وانظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب ١٧/٢ ، مواهب الجليل ٨٢/٥ ، المغنى لابن قدامه ٣٥٨/٤ .

٥- ردّ الموفق ابن قدامة على إبطال المعاوضة مع الإنكار بقوله : (وقولهم : إنه معاوضة ؛ قلنا : فى حقهما أم فى حق أحدهما ؟
الأول : ممنوع،والثانى : مسلّم،وهذا لأن المدعى يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده - فهو معاوضة فى حقه .
والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه ، ويخلصه من شرّ المدعى فهو إبراء فى حقه ..) المغنى ٣٥٨/٤ .

فأما الجواب عن استدلالهم [بالآية فهو : [1] أنها مخصوصة بما ذكرنا من الدلائل [2]،
ولأنه صلح على مجرد الدعوى فوجب أن يكون باطلاً ؛ كما لو ادعى قتل عمد فصولح عليه مع الإنكار .

وأما الجواب عن قوله عليه الصلاة والسلام] [3] « كل مال وقى المرء به عرضه فهو صدقة » [4]؛

فهو : أن يكون المقصود به البرّ ؛ [5] لأن بذل المال لا يخلو المقصود به من ثلاثة أحوال :
إما إن تقصد به القربة - وهو الصدقة - ، أو الصلة - وهو الهبة - أو المعاوضة - وهو البيع .
وليس مال الصلح مقصودا به البرّ ، ولا الصلة ، فثبت أن يكون المقصود به المعاوضة ؛ والخبر لا يتناول المعاوضة - فلم يكن فيه دلالة .

وأما الجواب عن قياسهم [6] [على المقر فهو : أن المعنى فى المقر أن العوض مأخوذ عما ثبت له فصح ، وفى المنكر عما لم يثبت له فلم يصح .

وأما الجواب عن استدلالهم بأن اختلاف الأسامى يوجب اختلاف المعانى فاقتضى أن يكون [الصلح] [7] مخالفاً للبيع فهو : أن البيع مخالف للصلح من وجهين :

أحدهما : أن/الصلح فى الغالب يكون بعد التنازع والمخاصمة ، والبيع بخلافه . [8] ٧٠ب

١- فى جـ : هو .

٢- انظر المحلى ٦/٤٦٦ .

٣- ما بين المعقوفتين ساقط من :أ .

٤- سبق تخريجه ص ٥١ .

٥- سبق أن الحديث ضعيف ، وقصر دلالته على أن المقصود به البر يحتاج إلى دليل لا سيما وقد صدّر بـ « كلّ » وهى أقوى صيغ العموم كما فى شرح الكوكب ٣/١٢٣ .

٦- سقط من هنا فى جـ حوالى ١٤ سطراً .

٧- ليست فى : أ و جـ و د .

٨- فى د : والمنع فخلافه .

والثانى : أن المقصود بالصلح الإرفاق ، وبالبيع المعاوضة [١] فكان افتراقهما من هذين الوجهين [٢] - لا من حيث ما ذكروا من الإقرار والإنكار .

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الاعتبار بالآخذ دون الباذل [٣] - كالشاهد - فهو : أنه ليس بصحيح . [٤]

والشاهد إنما كان له ابتياع من شهد بعتقه لأنه قد كان محكوما برقّه لبائعه - وإن قصد مشتريه استنقاذه من رقه - كما أن قصد من اشترى عبداً مسلماً من كافر استنقاذه من أسره .

وأما الجواب عن استدلالهم بأن المنع من الصلح] [٥] مع الإنكار يفضى إلى المنع [من الصلح] [٦] بكل حال : فغلط .

١- فى د : المغابنة .

٢- فى الوجيز للغزالى ١/١٧٧ (فالصلح لا يخالف البيع إلا فى ثلاث مسائل ...) ثم ذكرها ، وانظر فتح العزيز ١٠/٢٩٧ ، روضة الطالبين ٤/١٩٤ .

٣- يشير شمس الدين ابن قيم الجوزية إلى هذا الاعتبار فى زاد المعاد ٥/٧٩٢ فيقول : (وهذا أصل معروف من أصول الشرع أن العقد والبذل قد يكون جائزاً أو مستحبا ، أو واجباً من أحد الطرفين . مكروها أو محرماً من الطرف الآخر - فيجب على الباذل أن يبذل ويحرم على الآخذ أن يأخذه) .
ثم يستدل لذلك بما رواه الإمام أحمد فى مسنده ٤/٣ من حديث أبى سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « إنى لأعطى الرجل العطية يخرج بها يتأبطها ناراً » .
ويمثل لذلك بالحجامة حيث وصف رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يأخذه الحجام بأنه خبيث ، مع أنه احتجم وأعطى الحجام أجره .

٤- مما اعترض به المصححون لصلح الإنكار على الشافعية أنهم - أى الشافعية - يبيحون لمن له حق وجحده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه مستقلاً بالأخذ بلا رفع للقاضي وبلا علم من هى تحت يده للضرورة ؛ إن لم يحصل من فعله فتنة .
ـ وهى مسألة الظفر - فإذا حل له ذلك من غير اختيار الغريم ولا علمه فلأن يحل برضاه وبذله أولى .
وهذا الاعتراض فى المغنى لابن قدامة ٤/٣٥٨ ، الشرح الكبير ٣/٩ .
ومسألة الظفر عند الشافعية فى : الأم ٨/٤٢٧ ، الروضة ١٢/٣ ، مغنى المحتاج ٤/٤٦١ .

٥- نهاية الساقط من : جـ .

٦ - سقطت من : أ .

لأن المقر له قد يصالح أيضاً إما لكون المقر غاصباً بيده ، وإما لكونه مماطلا بحقه ؛ ويرى أن يتعجل قبض البعض بالصلح ولا يمنع من الكل بالغصب أو المطل .

أ- فصل (ما يترتب على إبطال صلح الإنكار) :

فإذا ثبت أن الصلح مع الإنكار لا يجوز : فلو صالحه مع إنكاره كان الصلح باطلاً، ولزم(١) رد العوض ، ولم يبرأ مما بقى ، حتى لو صالحه من ألف درهم قد أنكرها على خمسمائة درهم وأبرأه من الباقى لزمه فى الحكم رد ما قبض ، ولم يبرأ مما بقي ، حتى لو أقام بالألف بينة عادلة كان له استيفاء جميعها .

وإنما كان كذلك : لأن ما قبضه بالصلح الفاسد لا يملكه - كالمقبوض بالبيع الفاسد ، والإبراء كان مقروناً بملك ما صالح به ، فلما لزمه/رده - لعدم ملكه - بطل إبراؤه لعدم صفته .

٢٧١ب

وكمن باع عبداً بيعاً فاسداً فأذن لمشتريه فى عتقه فأعتقه المشترى بإذنه : لم يعتق ؛ لأن إذنه إنما كان مضموناً بملك العوض ، فلما لم يملكه بالعقد الفاسد لم يعتق عليه [بالإذن](٢)(٣) .

فإن قيل : أفيسع صاحب الحق أن يأخذ ما بذل له بالصح مع الإنكار إذا كان محقاً ؟

قيل : يسعه ذلك ، ويجوز له فيما بينه وبين الله تعالى - فأما في ظاهر الحكم فيجب عليه رده.(٤)

١- فى ب : ولزوم .

٢- سقطت من : د .

٣- انظر : الفتاوى الكبرى الفقهية لابن حجر الهيتمى ٥٥/٣ ، ٧٠/٣ - حيث نقل كلام المصنف مع مصادر الشافعية السابقة ص٥٠ .

٤- هذا من آثار الخلاف فى صلح الإنكار فإن الجمهور يقولون يصح هذا العقد فى الظاهر والباطن فى الصورة التى ذكرها المصنف :

أما فى الظاهر فلأن صلح الإنكار عندهم يصح ، وأما فى الباطن فلأنه محق - فلو كان كاذ بأصح فى الظاهر دون الباطن - أما الشافعية فعقد المحق يصح عندهم فى الباطن فقط.وانظر : فتح القدير ٤٠٨/٨ ، المدونة ٣٦٤/٤ المغنى لابن قدامة ٣٥٩/٤ - وفيه (.. وإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل - يعنى فى الحقيقة - وأما الظاهر لنا فهو الصحة لأننا لا نعلم باطن الحال ، وإنما ينبني الأمر على الظواهر والظاهر من المسلم السلامة) .

ب- فصل (الإبراء والحط بعد الإنكار وقبل ثبوت الحق):

فلو ادعى عليه ألفا فأنكره ثم أبرأه منها قبل ثبوتها عليه - ببينة أو[١] إقرار - برىء منها ، لأن الإبراء إذا لم يكن عن عقد صلح كان مطلقاً فصح.

وإذا كان [عن][٢] عقد صلح كان مقيداً بصحته فبطل ببطلانه .[٣]

- ولكن لو لم يبرئه منها بلفظ الإبراء - وقال : قد حططتها عنك - ففيه وجهان لأصحابنا :[٤]

أحدهما : قد سقطت المطالبة [بها] [٥] ، وبرىء منها .

لأن الحطيطه [أحد ألفاظ الإبراء ،

والثانى : أن المطالبة باقية - ولا يبرأ من شىء][٦]

لأن الحطيطة إسقاط ؛ وإسقاط الشىء إنما يصح بعد لزومه .

جـ- فصل(لو صالحه من ألف علي خمسمائة وأبرأه من الباقي):

فلو ادعى عليه ألفا أقربها ثم صالحه منها على خمسمائة ، وأبرأه من الباقى - وكان ما صالحه عليه من الخمسمائة مستحقاً - فالصلح [٧] صحيح ، والإبراء لازم ، ويرجع على المقر ببدل ما استحق من يده .[٨]

وإنما كان كذلك : لأن ما فى الذمم من الحقوق إذا أخذ به مال معين لم يتعين فيه إلا بأحد أمرين ؛

١- فى د : وإقرار

٢- سقطت من : د

٣- المهذب ٣٣٣/١ ، روضة الطالبين ١٩٥/٤ ، الفتاوى الكبرى الفقهية ٥٦/٣ .

٤- فتح العزيز ٣٩٩/١٠ ، روضة الطالبين ١٩٦/٤ ، مغنى المحتاج ١٧٩/٢ والأصح أنه يصح ، ذكر ذلك النووى فى الروضة والمنهاج .

٥- سقطت من : جـ

٦- ما بين المعقوفتين ساقط من : أ

٧- فى جـ : والصلح .

٨- المهذب ٣٣٣/١ ، التنبيه ٧٣ ، الروضة ١٩٦/٤ ، مغنى المحتاج ١٧٩/٢ الفتاوى الكبرى الفقهية٥٦/٣، نهاية المحتاج ٣٨٥/٤ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ٣٠٨/٢ وأشاروا إلى أن فيه وجهين أصحهما الصحة.

٧١ب

إما لاستقرار القبض باستقرار الملك ، وإما لتعينه بعقد لازم/ وهذا النوع من الصلح: هو إبراء [وليس بعقد من عقود المعاوضات اللازمة ؛ فغلب حكم الإبراء في صحة الصلح] (١)،ولم يغلب حكم المعاوضة في إبطال الصلح .

د- فصل (تقدم الإقرار على الإنكار وعكسه):

إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح ، وإن أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلاً ؛ لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار (٢) الحادث - فيصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره ؛ لوجوده [بعد لزوم الحق ، ولم يصح الصلح إذا كان عقيب إنكاره وقبل إقراره ؛لوجوده] (٣) قبل لزوم الحق (٤) .

هـ - فصل (أشياء تأخذ حكم الإقرار فصح الصلح معها والعكس بالعكس):

فلو أنكر الحق فقامت عليه بينة عادلة جاز الصلح عليه ؛ للزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار (٥) .

فلو كان المدعى عليه على إنكاره فقال : صالحنى عليه ، لم يكن ذلك إقراراً - فلا يصح الصلح معه (٦) .

ولو قال : ملّكني ذلك كان إقراراً - يصح الصلح معه (٧) ، والفرق بينهما : أن قوله: صالحنى : يحتمل أن يكون أراد به قطع الخصومة وكفّ (٨) الأذى - فلم يصر به مقراً (٩) .

وقوله : ملكني - لا يحتمل فصار به مقراً .

١-تكرر ما بين المعقوفتين فى : ب .

٢- فى ج : الإنكار .

٣- سقط من : د .

٤- هذا الفصل فى المهذب ٣٣٣/١ - بحروفه ، وانظر : مغنى المحتاج ١٨٠/٢ ، نهاية المحتاج ٣٨٨/٤ ، أسنى المطالب ٢١٦/٢ .

٥- المهذب ٣٣٤/١

٦- المهذب ٣٣٤/١ ، حلية العلماء ١٠/٥ ، فتح العزيز ٣٠٢/١٠ ، الروضة ١٩٨/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٠/٢ ، نهاية المحتاج ٣٨٩/٤ وذكر النووى فى الروضة والمنهاج أن قوله بعد الإنكار صالحنى- فى كونه إقراراً وجهان : أصحهما لا يكون إقراراً لأن الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار .

٧- على الصحيح ، لأنه صريح فى التماس التمليك - المصادر السابقة .

٨- فى أ : وكشف الأذى

٩- فى م : فلم يضره مقراً .

٤- مسألة (لو صالح أجنبي عن المدعى عليه):

قال الشافعي - رحمة الله تعالى : (ولو صالح عنه رجل يقر عنه بشيء جاز الصلح ، وليس للذى أعطى عنه أن يرجع عليه ؛ لأنه تطوّع به) [١].

وصورتها : ما شرحه الشافعي فى « الأم » : [٢] أن يريد الرجلان الصلح ، ويكره المدعى عليه الإقرار - قال الشافعي : فلا بأس أن يقر رجل عن المدعى عليه، ثم يؤدي إلى المدعي ما يتفقان عليه فيكون صحيحاً .

وهذا على ضر بين :

أحدهما : أن تكون الدعوى حقا فى الذمة .

والثانى : أن تكون عيناً قائمة . [٣]

فإن كانت الدعوى حقاً فى الذمة جاز أن يصالح أجنبى عنه بعد الإقرار عنه - سواء أذن له فى الصلح عنه أو لم يأذن - لأن هذا الصلح إنما يوجب إسقاط الدين والبراءة منه ، وذلك لا يفتقر إلى إذن من عليه [٤] الدين - ألاتراه لوقضى الدين عنه بغير إذنه صح ، فكذلك إذا صالح عنه بغير إذنه صح .

وإذا كان كذلك فمن شرط هذا الصلح [٥] : أن [٦] يقرعنه الأجنبى بالحق - فيقول : حقك ثابت على فلان فصالحنى عنه .

وهل يحتاج أن يقول : وقد أقربه عندى ؟ على وجهين : [٧]

أحدهما : أنه يحتاج أن يقول : حقك ثابت على فلان وقد أقر به عندى - ليصح أن يكون عالماً بثبوت الحق عليه .

١- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٢٢٦/٣ .

٢- ٢٢٦/٣ .

٣- الأم ٢٢٦/٣ ، المختصر ٢٠٤ ، المهذب ٣٣٣/١ ، فتح العزيز ٣٠٣/١٠ ، روضة الطالبين ١٩٩/٤ ، مغنى المحتاج ١٨١/٢ ، نهاية المحتاج ٣٩٠/٤ ، أسنى المطالب ٢١٧/٢ .

٤- فى د : من له .

٥- فى د : هذا الشرط .

٦- فى د : أن لا .

٧- فتح العزيز ٣٠٤/١٠ ، حلية العلماء ١١/٥ ، روضة الطالبين ٢٠٠/٤ ، مغني المحتاج ١٨١/٢ ، نهاية المحتاج ٣٩٠/٤ .

← والأول أصح ، وقد صححه النووى فى الروضة،وذكر المسألة فى الروضة بقوله : (أما إذا كان المدعى دينا وقال : وكلنى المدعى عليه بمصالحتك ... على هذا الثوب وهو ملكى فوجهان ..) ثم صحح أنه لا يصح لأنه لما قال : وهو ملكى لم يذكر أنه أقربه عنده .

والوجه الثانى : لا يحتاج إلى ذلك ؛ لأنه قد يعلم ذلك بإقراره تارة ، وبغير إقراره أخرى .

فإذا أقر فصالح عنه صح الصلح ، ولزم المصالح عن غيره ، ودفع ما اتفقا على الصلح به، ويرىء المدعى عليه من [قول] (١) المدعى .

ولم يكن للمصالح أن يرجع عليه بما صالح به مالم يأذن له فيه ؛ لأنه تطوع بالغرم عنه - كما [لو] (٢) تطوع بقضاء دينه . (٣)

فأما إذا أذن له فى الصلح عنه فهذا على ضربين(٤) :

أحدهما أن يأذن له فى الصلح عنه دون الأداء ؛ فيقول ؛ صالح عني فلا رجوع له بما أداه فى الصلح ؛ لأنه غير مأذون له فى الأداء فصار به متطوعاً .

والضرب الثانى : أن يأذن له فى الأداء - فينظر فى إذنه بالأداء : -

فإن قال له : صالح ، وأدِّ ، لترجع علي ؛ فله الرجوع عليه . / ٢٧ب

وإن قال : أدِّ ، ولم يصرح بالرجوع ففى رجوعه (٥) وجهان (٦) :

أحدهما : يرجع عليه لإذنه فيه

والثاني : لا يرجع عليه ؛ لأن أمره بالأداء يحتمل أن يكون بمعنى(٧) التطوع به ، ويحتمل أن يكون [بمعنى](٨) الرجوع - فلم يكن الإذن صريحاً فى الرجوع به .

١- سقطت من : م .

٢- سقطت من : ج .

٣- الأم ٢٢٦/٣ ، المختصر ٢٠٤ ، روضة الطالبين ٢٠٠/٤ ، أسنى المطالب ٢١٧/٢ .

٤- المصادر السابقة والمهذب ٣٣٣/١ .

٥- فى أ : وجوبه .

٦- ذكروا هذه المسألة فى الضمان وستأتى ص ٢٥٩، وانظر : الوجيز ١٨٥/١ ، المهذب ٣٤٢/١ حلية العلماء ١١/٥ ، ٦٥ روضة الطالبين ٢٦٦/٤ وفيها : (أما غير الضامن إذا أدى دين غيره بغير إذنه فلا رجوع لأنه متبرع . وإن أدى بإذنه رجع إن شرط الرجوع قطعاً ، وكذا إن أطلق فى الأصح . وفى وجه ثالث : إن كان حالهما يقتضى الرجوع رجع وإلا فلا) .

٧- فى ب و جـ ودوم:لمعنى .

٨- سقطت من : د وفى م : لمعنى .

أ - فصل : **(وإذا كانت الدعوى عينا قائمة)**:

وإن كانت الدعوى عيناً قائمة فلا يخلو حال المصالح عنها من أحد أمرين :

إما أن يصالح عنها لنفسه ، أو يصالح عنها للمدعى عليه .

فإن صالح عنها [للمدعى عليه] [1] فلا يخلو :

[إما] [1] أن يصالح عنه بإذنه ، أو بغير إذنه .

فإن صالح عنه بإذنه جاز ، وهل يحتاج مع إذنه [للوكيل] [1] فى الصلح إلى الإقرار بها [2] عنده ؟.

على وجهين : [3]

أحدهما : لا يصح الصلح عنه بمجرد إذنه للوكيل حتى يقر بها عنده للمدعي ، ثم يقر الوكيل بذلك عند المدعي - عند صلحه .

والوجه الثانى - وهو أصح - : أن الصلح يصح بإذنه للوكيل ، ولا يحتاج إلى إقراره عند الوكيل ؛ لأن وكيله فى الصلح نائب عنه فإقراره عنده كإقراره عند نفسه .

وإنما يقر الوكيل عنه على ما ذكرنا من قبل [4] ، ويزيد فيه : أن فلاناً وكلنى فى الصلح عنه.

فإن لم يذكر ذلك : فهو على ما نذكره [5] من اختلاف الوجهين :

١- ساقط من :د .

٢- فى د : به .

٣- المهذب ٣٣٣/١ ، التنبيه ٧٣ ، حلية العلماء ١١/٥ ، روضة الطالبين ٢٠٠/٤ ، مغني المحتاج ١٨١/٢ نهاية المحتاج ٣٩٠/٤ ، أسنى المطالب ٢١٧/٢ .
قال النووى فى الروضة : والمذهب القطع بالصحة .

٤- ص ٦٠ .

٥- بعد قليل .

هل يكون إذنه شرطاً فى صحة الصلح أم لا ؟

فأما إذا صالح عنه بغير إذنه ففيه لأصحابنا وجهان :

أحدهما - وهو قول أبي العباس بن سريج [١] ، وأبي علي الطبرى [٢] وأبي حامد : أن الصلح جائز .

٧٣ م

لأنه لما جاز أن/يصالح [عما فى الذمة بغير إذنه جاز أن يصالح] [٣] عن العين القائمة بغير إذنه .

والوجه الثانى - وهو قول أبي الطيب بن سلمة ، وأبي سعيد الإصطخرى [٤] : أن الصلح باطل ؛ مالم يكن من المدعي إذن فيه .

لأن هذا [٥] النوع من الصلح تمليك عين [٦] ؛ فلم يصح بغير إذن من تملكها [٧] - كمن اشترى لغيره شيئا بغير أمره [٨] وبهذا المعنى فارق ما في الذمة ؛ لأن طريقه الإبراء ، ويصح من الإنسان أن يبرىء غيره بغير [إذنه] [٩] وأمره .

١- أبو العباس بن سريج : أحمد بن عمر بن سريج القاضى بشيراز البغدادى ، نصر مذهب الشافعى ونشره، وتفقه عليه خلق كثير ، ناظر محمد بن داود الظاهرى ، له مصنفات ، توفى سنة ست وثلاثمائة هجرية ٣٠٦ هـ -رحمه الله تعالى .

طبقات الشافعية للسبكى ٣/٢١ ، طبقات الشافعية لابن قاضى شهبه ١/٩٠ ، البداية والنهاية ١١/١٢٩، تهذيب الأسماء ٢/٢٥١ .

٢- أبو على الطبرى : الحسن وقيل الحسين - بن قاسم الطبرى - نسبه إلى طبر ستان ، تفقه ببغداد على علي بن أبى هريرة ودرس فيها بعده ، شرح مختصر المزنى وله المحرر والإفصاح ، توفى فى بغداد سنة خمسين وثلاثمائة ٣٥٠ هـ - رحمه الله تعالى - طبقات الشافعية للسبكى ٣/٢٨٠ ، طبقات الشافعية للإسنوى ٢/١٥٤ ، طبقات الشافعية لابن قاضى شهبة ١/١٢٩ تهذيب الأسماء ٢/٢٦٢ .

٣- سقط من : جـ .

٤- أبو سعيد الإصطخرى : الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى الإصطخرى - نسبة إلى إصطخر - عاصر ابن سريج وكانا شيخى الشافعية ببغداد . كان ورعا زاهدا ألّف فى أدب القضاء وتولاه بقم ، مات سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة للهجرة (٣٢٨هـ) - رحمه الله تعالى - تاريخ بغداد ٧/٢٦٨ طبقات السبكى ٣/٢٣٠ ، طبقات الأسنوى ١/٤٦ ، طبقات ابن قاضى شهبة ١/١١٠ تهذيب الأسماء ٢/٢٣٧.

٥- فى ب ، جـ و م لأن فى هذا ..

٦- فى جـ : سليك غيره .

٧- فى جـ : بغير إذن من لم يملكها .

٨- تكلّم الفقهاء عن شراء شخص لغيره بغير أمره ، أو بيعه مال غيره بغير إذن ولا ولاية ووصفوا المتصرف بأنه « الفضولى » وانظر الكلام عنه عند الشافعية فى الأم ٣/١٦ ، المهذب ١/٢٦٢، حلية العلماء ٥/١٠ ، روضة الطالبين ٣/٣٥٥ ، مغنى المحتاج ٢/١٥ .

٩- ليست فى : د .

ب- فصل (إذا صالح الأجنبي عن العين القائمة لنفسه) :

فأما إذا صالح عنها لنفسه فهذا فى حكم من اشترى شيئاً مغصوباً [١] ، فيحتاج أن يعترف للمدعى بالملك ، ويقر بأنه قادر على انتزاع ذلك من يد المدعى عليه .

فيصح هذا ويكون بيعاً محضاً [٢] .

فإن انتزع ذلك من يده بريء المدعي من ضمان العقد .

وإن عاد فذكر أنه ليس يقدر على انتزاعها من يده فالقول قوله مع يمينه - إذا كذبه [٣] المدعى - وله الرجوع بالعوض الذى بذله [٤] .

جـ - فصل (إذا وقف دارا ثم أقر بها لمدعٍ وتصالحا) :

إذا وقف رجل داراً بيده ثم ادعاها مدع فأقر له بها : كان إقراره مردوداً ؛ لخروجها عن حكم ملكه بالوقف - وهكذا لو صدقه الذين وقفت الدار عليهم لم يبطل الوقف ؛ لما تعلق به من حقوق غيرهم من البطن الثانى أو الفقراء . لكن لا حق لمن صدق منهم فى الوقف - ويكون ذلك لغيرهم ممن لم يصدق - :

ويصح بهذا الإقرار - [وإن][٥] لم يبطل به الوقف - أن يصالح المدعى المقر له [٦] .

فلو أن رجلاً جعل داراً فى يده/ مسجدا ، وخلعها ، وأذن للناس فيها [بالصلاة][٧] من

ب/ ٧٣

١- الغصب اصطلاحاً هو : الاستيلاء على حق الغير عدواناً .

روضة الطالبين ٣/٣ ، التنبيه وتصحيحه ٧٩ ، مغنى المحتاج ٢٧٥/٢ .

٢- فتح العزيز ١٠ / ٣٠٤ ، روضة الطالبين ٢٠٠/٤ وذكرا أنه قيل فى صحته وجهان .

٣- فى ب و جـ : وإن أكذبه المدعى .

٤- المهذب ٣٣٣/١ ، الروضة ٢٠١/٤ ، مغنى المحتاج ١٨١/٢ نهاية المحتاج ٣٩١/٤ .

٥- سقطت من : د .

٦- انظر الأم ٢٢٩/٣ ، روضة الطالبين ٢٠٣/٤ .

٧- سقطت من : ب و ج و د .

غير أن يتلفظ بتسبيلها لم تصر مسبلة بهذا القدر [١] .

وقال بعض العراقيين [٢] : متى خلعها [٣] وجعلها برسم المساجد خرجت من ملكه .

وقال آخرون منهم [٤] : إذا صلى فيها المسلمون خرجت من ملكه [٥]

١- مذهب الشافعية : أن الوقف لا ينعقد إلا باللفظ .

واستثنى من ذلك ما إذا بنى مسجداً فى موات ونوى جعله مسجداً فإنه يصير مسجداً ولم يحتج إلى اللفظ .

الأم ٤/٦١ ، المختصر ٢٣٣ ، المهذب ١/٤٤٢ ، التنبيه ٩٢ ، الروضة ٥/٣٢٢ مغنى المحتاج ٢/٣٨١

أما الحنفية فقال الإمام ومحمد بن الحسن لا ينعقد ذاك الوقف حتى يفرزه الواقف عن ملكه ويأذن للناس بالصلاة فيه .

وقال أبو يوسف : يزول الملك بقوله جعلته مسجداً .

بدائع الصنائع ٨/٣٩٠٩ ، الهداية ٣/٢١ ، الاختيار ٣/٤٤ ، تبين الحقائق ٣/٣٢٩ ، مجمع الأنهر ١/٧٤٧، مختصر الطحاوى ١٣٧ .

وعند المالكية أن الوقف ينعقد بالصيغة أو ما يقوم مقامها كما لو بنى مسجداً وأذن للناس بالصلاة فيه - فذلك كالصريح .

مواهب الجليل ٦/٢٧ ، الخرشى وبهامشه حاشية العدوى ٧/٨٨ ، حاشية الدسوقى ٤/٨٤ .

أما الحنابلة فظاهر مذهب أحمد أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل أن يبنى مسجداً ويأذن للناس بالصلاة فيه .

وفى رواية أخرى : أنه لا يصير وقفاً إلا بالقول - كمذهب الشافعى .

المغنى ٦/٧ ، الكافى ٢/٤٥٣، الإنصاف ٧/٣ ، التنقيح ٢٤٩ .

ويظهر أن هذه المسألة مبنية على اعتبار المعاطاة - أى الفعل المجرد عن التلفظ - كافية فى صياغة عقود التمليك كالبيع والوقف فالشافعية لا تعتبر فى مذهبهم كافية ، وعند أكثر العلماء الآخرين تعتبر - وقد تكلموا عن ذلك فى أول كتاب البيع ونحوه ... انظرها فى :

روضة الطالبين ٣/٣٣٨ ، الهداية ٣/٢٤ ، مختصر خليل ١٥٣ ، الكافى لابن قدامة ٢/٣ .

٢- هو أبو يوسف .

٣- فى م : خلفها .

٤- يعنى أبا حنيفة ومحمد بن الحسن .

٥- سبقت مصادر الحنفية - قريباً .

وكل هذا خطأ : لأن إزالة الأملاك لا يكون إلا بالقول - كالعتق والوقف والطلاق .

فلو فعل ما ذكرنا [فادعاها مدع][1] ، فأقر له بها : لزم إقراره .

ولو صالحه عليها صح [2] صلحه .

فلو سبلها مسجداً ثم أقر بها لغيره : لم يبطل التسبيل ، ولزمه غرم قيمتها لمن أقر له بها .

فلو صالحه على ذلك صح صلحه ، ولو صالحه أهل المحلة وجيران المسجد جاز ، ولم يكن لهم أن يرجعوا على المسيل بشيء ، مالم يأمرهم بالصلح عنه [3]

٥- مسألة (إشراع الجناح على طريق نافذة والصلح عن ذلك)

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : (ولو أشرع(٤) جناحاً على طريق نافذة فصالحه الإمام - أو رجل - على ذلك : لم يجز .

ونظر فإن كان لا يضر ترك ، وإن ضر قلع)[5] [6].

وصورة هذهالمسألة : فى رجل أشرع من داره جناحاً (٧) أو ساباطاً (٨) على طريق ؛ فلا يخلو حال الطريق من أحد أمرين : إما أن تكون نافذة، أو غير نافذة .

فإن كانت نافذة فلا يخلو حال الجناح من :

١- سقطت من : أ .

٢- فى جـ : لم يصح صلحه .

٣- الأم ٣/٢٢٩ ، المهذب ١/٣٣٣ ، روضة الطالبين ٤/٢٠٣ .

٤- بدأ فى أحكام التزاحم على الحقوق فى الطرق والحيطان والسقوف .. فتح العزيز ١٠/٣٠٨ .

٥- فى المختصر و م : قطع .

٦- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٣/٢٢٦ .

٧- أى أخرج جناحاً ، وهو الخارج من الخشب عن الدار ، مأخوذ من جنح يجنح إذا مال .
القاموس المحيط ٢٧٦ ، النظم المستعذب ١/٣٣٤ ، تصحيح التنبيه ٧٣ .

٨- الساباط : بناء بين دارين متحاذيين بأخشاب توضع على كل واحدة من الدارين ، زاد بعضهم : من تحتها طريق نافذ ، والجمع سوابيط وساباطات .

لسان العرب ٩/١٨٣ ، الصحاح للجوهرى ٣/١١٢٩ ، النظم المستعذب ١/٣٣٥ القاموس المحيط ٨٦٤ .

أن يكون مضراً بالمارة ، أو غير مضر .

فإن كان الجناح الخارج غير مضر بالمارة والمجتازين ترك على حاله ، ولم يكن لأحد من المسلمين أن يعترض عليه فيه . [١]

لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أنه مر بدار العباس [٢] بن عبد المطلب رضى الله عنه ؛ فقطر عليه من ميزابه [٣] ماء ، فأمر بقلعه ، فخرج إليه العباس وقال : قلعت ميزاباً نصبه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده ؟ !

فقال عمر : والله لا يعاد إلا على ظهرى ، فركب العباس ظهره وأعاد الميزاب فى موضعه » .(٤)

٢٧٤

١- المهذب ٣٣٤/١ ، حلية العلماء ١١/٥ ، فتح العزيز ٣٠٨/١٠ ، روضة الطالبين ٢٠٤/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٢/٢ ، نهاية المحتاج ٣٩٢/٤ ، أسنى المطالب ٢١٩/٢ .

٢- العباس بن عبد المطلب بن هاشم ، عم النبى صلى الله عليه وسلم ، كان من رؤساء قومه فى الجاهلية ، وكانت إليه العمارة والسقاية فى المسجد الحرام ، وأسلم وناصر الرسول صلى الله عيه وسلم توفى بالمدينة سنة اثنتين وثلاثين ٣٢ هـ رضى الله عنه .

انظر : الإصابة فى تمييز الصحابة ٢٧١/٢ ، الاستيعاب فى أسماء الأصحاب ٩٤/٣ ، أسد الغابة ١٠٩/٣ تهذيب الأسماء ٢٥٧/١ .

٣- الميزاب والمئزاب مصب ماء المطر ، سمى بذلك لدقته وضيق مجرى الماء فيه .

معجم مقاييس اللغة ١٠١/١ ، لسان العرب ٢١٣/١ مادة (أزب) ، المعجم الوسيط ١٥/١ .

٤- رواه البيهقى من طريق موسى بن عبيدة عن يعقوب بن زيد أن عمر رضى الله عنه خرج فى يوم الجمعة فقطر ميزاب عليه للعباس ... فذكر معناه ، وموسى بن عبيدة ضعيف قاله الحافظ فى التقريب ٢٢٦/٢ ورواه أحمد من حديث عبيد الله بن عباس ، وقال الهيثمى عنه (رواه أحمد ورجاله ثقات إلا أن هشام ابن سعد لم يسمع من عبيد الله).

ورواه الحاكم فى المستدرك من حديث عبيد الله بن العباس وفى إسناده عبد الرحمن بن زيد بن أسلم ضعفه الحافظ فى التقريب ٥٧٠/١ ،

وضعف رواية البيهقى فقال :

(ورواه البيهقى من أوجه أخر ضعيفة أو منقطعة) .

انظر السنن الكبرى للبيهقى ٦٦/٦ ، مسند أحمد ٢١٠/١ ، مجمع الزوائد ٢٠٧/٤ ، المستدرك ٣٣٢/٣ ، تلخيص الحبير ٤٥/٣ ، مصنف عبد الرزاق ٢٩٢/٨ .

ولأنه [١] لم يزل الناس قديماً يفعلونه ورسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعده من خلفائه يشاهدونه فلا ينكروه ؛ فدلّ على أنه شرع مستقر وإجماع منعقد . [٢]

ولأنه لما جاز للناس الارتفاق [٣] بالطرق والمقاعد منها جاز لهم الارتفاق بهوائها .

فإن قيل : أليس الإنسان ممنوعاً [٤] من وضع سارية [٥] فى الطريق ، وبناء دكّة [٦] وإن كان ذلك مرفقاً والعمل به جاريا [٧] - فكذلك الجناح ؟

قيل : السارية والدكة [٨] مضرّ بالناس لمافيه من تضايق الطريق عليهم ، ولأنهم [٩] ربما أزدحموا فأضربهم ، أو سقط عليه ضرير - لا يبصر - فتأذّى ؛ [١٠] وليس كذلك الجناح فى الهواء .

١- فى جـ : لأنه .

٢- دعوى الإجماع على جواز إخراج الجناح أو الميزاب فيها نظر ، وممن منع ذلك الحنابلة . انظر : المغنى للموفق ابن قدامة ٣٧٣/٣ ، الشرح الكبير لأبى الفرج ابن قدامة ١٧/٣ ١٦ ، الإفصاح لابن هبيرة ٣٨١/١ موسوعة الإجماع فى الفقه الإسلامى ٨٤/١ .

٣- الارتفاق هو الانتفاع - القاموس ١١٤٥ ، النظم المستعذب ٣٣٤/١ ، المصباح المنير ٢٣٤ .

٤- فى ب و جـ و د و م : ممنوع .

٥- السارية : الأسطوانة ، وقيل : اسطوانة من حجر وآجر ، وجمعها سوارى .
الصحاح ٢٣٧٦/٦ مادة (سرى) ، لسان العرب ١٠٥/١٩ القاموس المحيط ١٦٦٩

٦- الدكة : بناء يسطح أعلاه والدكة والدكان الذى يقعد عليه .
الصحاح ١٥٨٤/٤ ، اللسان ٣٠٨/١٢ ، تهذيب الأسماء ١٠٥/٣ .

٧- فى د : جايزا

٨- فى د : والتكة .

٩- فى ب و جـ و د : وأنهم .

١٠- فى د : فيه أذى .

فأما إن كان الجناح مضراً بالمارة والمجتازين قلع - ولم يقر - ، وأمر الإمام بهدمه - وإن لم يختصم الناس إليه فيه .[١]

[وقال أبو حنيفة : إن خوصم فيه إلى الإمام قلعه ، وإن لم يخاصم فيه][٢] تركه .

لأن الإمام حاكم وليس بخصم ، والحاكم لا يحكم إلا لطالب[٣] .

وهذا [الذى قاله][٤] خطأ لأمرين :

أحدهما : أن الإمام مندوب إلى إزالة المنكر ، [والنيابة عن كافة المسلمين فى أبواب المصالح ؛ فوجب أن ينفرد بإزالة المنكر .][٥]

والثانى : أن ما يجوز إقراره لا يفتقر إلى [الرضابه فى الترك/، وكذا مالا يجوز إقراره لا يفتقر إلى][٦] إنكاره فى القلع . ٧٤ ب

١- حلية العلماء ١٢/٥ ، فتح العزيز ٣٠٨/١٠ ، مغنى المحتاج ١٨٢/٢ ، نهاية المحتاج ٢٩٤/٤ .

٢- سقط من : أ .

٣- يقول أبو حنيفة فى رجل أشرع جناحاً على طريق نافذة : له الانتفاع به مالم يمنعه من ذلك أحد أو يخاصمه فيه أحد ، فإن منعه من ذلك أحد أو خاصمه فيه لم يسعه الانتفاع به وكان عليه نزعه أضر أو لم يضر إن كان الوضع بغير إذن الإمام .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا كان ذلك مما لا ضرر فيه لم يكن لأحد منعه منه بعد وضعه . أما قبل وضعه فإن أبا يوسف يرى أن لكل أحد أن يمنعه من الوضع ، فلو وضع لم يرفع .

وفى بعض مصادر الحنفية : ومن أخرج إلى طريق العامة روشناً أو ميزاباً أو كنيفاً أو دكاناً فلرجل من عرض الناس أن ينتزعه : أى له الخصومة بنقضه .

انظر : بدائع الصنائع ٤٠١٦/٨ ، الاختيار ٤٥/٥ ، مختصر الطحاوي ١٠٠ ، تبيين الحقائق ١٤٢/٦ ، البحر الرائق ٣٩٥/٨ ، فتح القدير ٣٠٦/١٠ ، مجمع الأنهر ٦٥١/٢ .

٤- سقط من : أ .

٥- تكرر فى : د .

٦- سقط من : د .

وليس هذا من طريق الحكم - فلا يحكم إلا لخصم [١]- لأن الخصم فيه لا يتعين .

فإنما [٢] كافة الناس [٣] فيه شرع [واحد][٤][٥] .

فإذا وجب قلعه فبذل صاحبه مالاً [صلحاً][٦] على تركه لم يجز ؛ لأمرين :

أحدهما : أنه صلح على إقرار منكر .

والثاني : أنه صلح على [إفراد] [٧] الهواء [٨] .

فأما : حد ما يضر مما لا يضر :

فمعتبر بالمعرف والعادة ، ومختلف باختلاف البلاد .

١- في د : فلا يحكم لخصم.

٢- في أ و جـ و د : فأما .

٣- في د : المسلم .

٤- ليست في :أ .

٥- هذه الجملة تأكيد لقول المصنف إن الخصم هنا لا يتعين - لأن معنى : (الناس فيه شرع واحد) أي سواء.

المصباح المنير ٣١٠ ، القاموس المحيط ٩٤٦ .

٦- ليست في : أ و د .

٧- ليست في : ب و جـ و م ، وفي د : إقرار الهواء

٨- المهذب ٣٣٤/١ ، روضة الطالبين ٢٠٤/٤ ، مغني المحتاج ١٨٣/٢ ، نهاية المحتاج ٣٩٧/٤ ، قال النووي في الروضة : (ولا يجوز أن يصالح عن إشراع الجناح على شيء ، سواء صالح الإمام أو غيره ، وسواء : ضر بالمارة أم لا) .

وقال أبو عبيد [١] بن حربوية [من أصحابنا] [٢] : حد الضرر ألا يمكن الفارس أن يجتاز تحته برمح قائم [٣] وحكى نحوه عن شريح [٤][٥] .

وهذا التحديد ليس بصحيح ؛ لأن الرماح مختلفة فى الطول والقصر .

ولأن هذا يؤدى إلى ألا يخرج أحد جناحاً ؛ لأن الرمح قد يعلو على المنازل فى أكثر البلاد .

ولأنه [٦] لا مضرة على صاحب الرمح فى الاجتياز برمحه مائلاً .

وإذا كان كذلك وجب أن يعتبر ذلك بحسب البلاد : [٧]

فإن كان البلد قد تجتاز فى طرقه الجمال التى عليها الكبائس [٨] والعماريات [٩]

١- أبو عبيد بن حربوية : على بن الحسين بن حرب بن عيسى البغدادى القاضى بواسط ثم مصر . أخذ عن أبى ثور وداود الظاهرى ثم اشتهر فى المذهب الشافعى فهو أحد أصحاب الوجوه المشهورين .
كان عالما بالقرآن والحديث والفقه والعربية توفى ببغداد سنة تسع عشرة وثلاثمائة للهجرة (٣١٩هـ) - رحمه الله تعالى .
انظر طبقات الشافعية الكبرى للسبكى ٤٤٦/٣ ، طبقات الشافعية للإسنوى ٣٩٧/١ ، رقم ٣٦٠ ، طبقات الشافعية لابن قاضى شهبة ٩٦/١ . تهذيب الأسماء واللغات ٢٥٨/٢ ، المنتظم ٣٣٨/٦ .

٢- ليست فى : أ .

٣- فى أ و ب و د : برمح تام ، وأثبت ما فى : جـ لما سيأتى فى رد المصنف عليه .

٤- شريح بن الحارث بن قيس الكندى الكوفى ، أبو أمية ، أدرك زمن النبى صلى الله عليه وسلم ولم يلقه - فهو من التابعين - لقى عمر وعلى وابن مسعود وروى عنهم .
ولاه عمر قضاء الكوفة ، كان ثقة ذكياً عالماً بالقضاء ، توفى سنة ثمان وسبعين ٧٨هـ ، رحمه الله تعالى
صفة الصفوة ٣٨/٣٠٠ ، وفيات الأعيان ١٦٧/٢ ، تهذيب الأسماء ٢٤٣/١ .

٥- المهذب ٣٣٤/١ ، فتح العزيز ٣٠٨/١٠ ، الروضة ٢٠٤/٤، مغنى المحتاج ١٨٢/٢ .

٦- فى ب : لأنه

٧- المهذب ٣٣٤/١ حلية العلماء ١٣/٥ ، فتح العزيز ٣٠٨/١٠ ، الروضة ٢٠٤/٤ ، أسنى المطالب ٢١٩/٢ ، مغنى المحتاج ١٨٢/٢ نهاية المحتاج ٣٩٢/٤ .

٨- كبائس النخل جمع كباسة وهى العذق التام بشماريخه ورطبه .
الصحاح ٩٦٦/٢ ، اللسان ٧٥/٨ ، القاموس ٧٣٤ .

٩- عُمْري الشجر قديمه .. والشجرة العُمْرية هى العظيمة القديمة ، والعَمْر : الشجر الطوال ، والعُمْر : ضرب من النخل وهو السحوق الطويل . لسان العرب ٢٨١/٦ ، تاج العروس ١٤٢٠/٣ .
وقال الشيخ محمد نجيب المطيعى فى تكملة المجموع ٣٩٩/١٣ :
العمارية من وسائل الهجوم فى الجيوش الإسلامية وهي أشبه بعربة تجرها الجياد مصنوعة من خشب يتترس بها المهاجمون ، وقد ترتفع إلى حد يتسلق منها المقاتلون إلى أسوار الحصون .

وذلك أعلى [١] ما تجتاز فى الطرقات - فحد الإضرار ألا يمكن اجتياز الكبائس والعماريات تحته .

وإن أمكن اجتيازها فليس بمضر .

فإن كان البلد ممالم تجر عادة الكبائس والعماريات أن تجتاز فيه ؛ وجرت عادة الجمال المحملة أن تجتاز [فيه] [٢] ؛ فحد الإضرار فيها ألا يمكن اجتياز الجمال [المحملة] [٣] تحته/ - وإن أمكن فليس بمضر .

٧٥ م

وإن لم تجرعادة البلد باجتياز الجمال [المحملة] [٤] فيه، وجرت عادة الفرسان بالاجتياز [فيه] [٥] فحد الإضرار فيه ألا يمكن اجتياز الفارس [تحته] [٦] .

فإن أمكن فليس بمضر .

وإن لم تجر عادة البلد باجتياز الفرسان فيه ؛ فحد الإضرار فيه ألا يمكن اجتياز الرجل التام - إذا كان على [٧] رأسه حمولة مستعلية . [٨]

فإذا ثبت ما وصفنا فحد الإضرار معتبر بما بما ذكرنا . [٩]

١- في أ : وكذلك علي ما تجتاز .

٢- ليست في : ب و جـ .

٣- سقطت من : أ .

٤- ليست فى : ب و جـ ود .

٥- ليست فى : أ و ب و جـ .

٦- سقطت من : أ .

٧- فى أ : إذا كانت عليه حمولة .

٨- فى جـ : مستطيلة .

٩- ص٧٠ ؛ وهو أنه معتبر بالعرف والعادة ، ومختلف باختلاف البلاد .

ومن القواعد العظيمة والكبرى فى الفقه أن « العادة محكّمة » ، إذا لم تخالف نصاً شرعياً ولا شرطاً صحيحاً.

واعتبار العرف والعادة فى تحديد الضرر الذى قد يحصل من إخراج الجناح على الطريق هو أرجح من الاعتبار فى ذلك بطول الرمح القائم أو الفارس ونحوه ... وتظهر قوّة القول الذى اعتبر العرف وأحوال البلاد جليّة فى عصرنا الحاضر بعد وجود السيارات والآلات الضخمة التى تعبر الشوارع فيقدر لها قدرها .

وقد تكلم العلماء عن العرف والعادة ومجالات العمل بهما وشروطه ..

انظر : الأشباه والنظائر للسيوطى ٨٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٣ ، الموافقات للشاطبي ٢/ ٢٢٠ ، المدخل الفقهى العام ٨٣٨/٢ .

أ- فصل : (حكم إخراج الجناح فى الطريق التى لا تنفذ) :

وإن كانت الطريق غير نافذة [١] فليس له إخراج الجناح فيها إلا بإذن جميع أهلها .

سواء كان الجناح مضراً أو غير مضر .

لأن الطريق التى لا تنفذ مملوكة بين [جميع][٢] أهلها ، وليس لأحدهم أن يتصرف فيها إلا بحق الاجتياز [٣] فلم يجز أن يتعدى إلى إخراج الجناح ؛ كالأرض المشتركة ، والطريق المستحقة. [٤]

فإن صالح أهل الطريق [٥] على مال فى إقرار الجناح لم يجز ؛ لأنه صلح على الهواء .

[إلا] [٦] أن يتصل بالعرصة[٧] كبناء بعضه فى عرصة الطريق ثم يرفعه فيجوز ، [ويكون][٨] ذلك بيعا منهم بقدر حقوقهم من العرصة التى حصل فيها البناء .

فلو أذنوا جميعهم له فى إخراج الجناح جاز - مضراً كان أو غير مضر .

١- فى أ : وإن كان الطريق غير نافذ، وكلمة الطريق : مما يذكر ويؤنث انظر الرسالة للشافعى ص ٣٥٣ تحقيق أحمد محمد شاكر .

٢- سقطت من : ب و جـ .

٣- فى أ : الجواز ، وفى د : الأعيان !

٤- المهذب ٣٣٤/١ - وفيه تفصيل ، فتح العزيز ٣١٠/١٠ ، روضة الطالبين ٢٠٦/٤ ، ٢٠٧ . أسنى المطالب ٢٢٢/٢ ، مغني المحتاج ١٨٤/٢ نهاية المحتاج ٣٩٨/٤ .

وقد ذكروا فى هذه المسألة وجهين أصحهما ما ذكره المصنف وهو أن الشريك فى الطريق الذى لا ينفذ ليس له إخراج الجناح فيه إلا بإذن شركائه ورضاهم سواء تضرروا أم لا .

والوجه الآخر يجوز له إذا لم يضر ولو لم يرضوا قياساً على الشارع النافذ ولأنه يجوز له أن يرتفق بالقرار بالاجتياز فيجوز أن يرتفق بالهواء بإخراج الجناح .

٥- المراد بأهل الطريق : كل من له باب نافذ إليها ، دون من يلاصق جدار داره السكة من غير نفوذ باب . فتح العزيز ٣١٠/١٠ ، الروضة ٢٠٧/٤ .

٦- سقطت من : د .

٧- فى أ : يتصل ببناء فى العرصة كبناء .. ، وفى م : بالعرضة .

٨- فى أ : فيكون ، وسقطت من : د .

لأنــــه حــق قــد تعين لهــم لا يشركهــم فيـه غيـرهم ، وليس كالطريق النافذ التى يشترك فيـهـا الكافة .[١]

فلو رجعوا بعد إذنهم :

فـإن كــان رجـوعهم بعــد إخـراج الجناح لم يكـن لرجوعهم تأثير ، وكان له إقــرار الجناح/ما بقى .[٢]

٧٥/ب

وإن كان قبل إخراجه بطل[٣] ما تقدم من الإذن ، وكان إخراج الجناح كمن أخرج بغير إذن .

وكذا لو رجع أحدهم .

٦- مسألة : **(ادعى رجلان دارا فى يد رجل : الصورة الأولى : أن ينسبا ملكهما إلى سبب واحد) :**

قال الشافعي رحمه الله تعالى :

(ولو أن رجلين ادعيا داراً فى يدى رجل ؛ فقالا : ورثناها عن أبينا ، فأقر لأحدهما بنصفها ، فصالحه[٤] من ذلك الذى أقر له به على شىء كان لأخيه أن يدخل معه فيه .

[قال المزنى][٥] : ينبغى على قياس قوله أن يبطل الصلح فى حق أخيه لأنه صار لأخيه بإقراره قبل أن يصالح عليه .

إلا أن يكون صالح بأمره فيجوز عليه)[٦] .

١- المصادر السابقة .

٢- هذا فى حق الشريك فقط ، أما لو كان غير الشريك فلهم الرجوع وعليهم أرش النقص .

انظر المسألة فى : أسنى المطالب ٢٢٢/٢ ، مغنى المحتاج ١٨٤/٢ ، نهاية المحتاج ٣٩٩/٤ ، تحفة المحتاج وحواشيها ٢٠٤/٥ .

٣- هنا تكرار فى : أ

٤- فى أ و د والمختصر : فصالح .

٥- سقطت من : جـ .

٦- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٢٢٨/٣ .

وصورتها : فى أخوين ادعيا داراً فى يد رجل ، ميراثا عن أبيهما [١] - أو[٢] نسبا ذلك إلى جهة يستويان فيها غير الميراث ؛ كقولهما : ابتعناها من زيد ، أو استوهبناها من عمرو فيكون حكم هذا وحكم الميراث سواء [٣] ؛ لأنهما نسبا ملك ذلك إلى جهة واحدة يستويان فيها .[٤]

وإذا كان كذلك فلصاحب اليد ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يصدقهما ويقر لهما ؛ فيلزمه بإقراره تسليم الدار إليهما .

والحال الثانية :أن يكذبهما [وينكرهما] [٥] فالقول قوله مع يمينه-مالم يكن للأخوين بينة [٦]

١- المراد هنا الميراث الذى لم يقسم ويقبض بل هو شائع لم يستقر ملك كل واحد على نصيبه لأنه سيذكر ص٨١ حكم الميراث الذى قد استقر ملكه بالقسمة و القبض .

٢- فى ب و جـ و د : ونسبا

٣- على الأصح - كما فى الروضة ٢٢٤/٤ .

٤- المهذب ٣١٥/٢ حلية العلماء ٢٦/٥ ، أدب القضاء ٣٤٢/٢ ، فتح العزيز ٣٣٠/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٤/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٨/٢ .

وفى الفتح والروضة : (ادعى رجلان داراً فى يد رجل ، فأقر لأحدهما بنصفها نظر : إن ادعياها إرثا ولم يتعرضا لقبض شارك صاحبه فيما أخذه ؛ لأن التركة مشتركة فالحاصل منها مشترك .

وإن قالا : ورثناها وقبضناها ثم غصبها منا لم يشاركه على الصحيح وقول الأكثرين

فإن ادعيا ملكاً بشراء أو غيره :

فإن لم يقولا : اشترينا معاً فلا مشاركة .

وإن قالا : اشترينا معاً ، أو اتهبنا معاً ، وقبضنا معاً فوجهان :

أصحهما : أنه كالإرث ، والثانى : لا مشاركة .

فلو لم يتعرضا لسبب الملك فلا مشاركة قطعاً ..)

٥- ليست فى : أ و د .

٦- البينة : الحجة ، من البينونة وهى الانقطاع والانفصال أو من البيان

القاموس ١٥٢٥ ، المصباح المنير ٧٠ ، النظم المستعذب ٣١٠/٢ ، أنيس الفقهاء ٢٣٧ .

وقد تكلم الفقهاء عن البينات مع الدعاوى فى باب مستقل ، وهى اصطلاحاً : الشهود أو كل ما أبان الحق .

الطرق الحكمية لابن القيم ١١٨ ... ، مغنى المحتاج ٤٦١/٤ .

فإن نكل (١) عن اليمين ردت على الأخوين ،
فإن حلفا كانت الدار بينهما نصفين .
وإن نكلا أقرت الدار فى يد المدعى عليه .
وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان نصف الدار للحالف بيمينة . لا يشاركه [أخوه] (٢) فى شىء منها/، والنصف الآخر [يُقَر] (٣) فى يد المدعى عليه .

والحال (٤) الثالثة : أن يصدق أحدهما على نصفها ، ويكذب الآخر .
فعليه اليمين لمن أنكره (٥) وينزع النصف الذى أقربه ، ويكون [بين] (٦) المقر له وبين أخيه نصفين .
وإنما كان كذلك لأنهما نسبا دعواهما إلى جهة يستويان فيها ، ويشتركان فيما ملكاه بها . (٧)
وكان إنكاره النصف لأحدهما يجرى مجرى غصبه شيئا من تركة أبيهما - ولو غصب من تركة أبيهما (٨) [قبل القسمة] (٩) واحداً من عبدين ، أو [داراً من] (١٠) دارين كانت الدار الباقية والعبد الباقى بينهما ، والمغصوب بينهما ، (١١)

١- النكول : هو الامتناع عن اليمين ، مأخوذ من النكل وهو القيد يمنع المحبوس من التصرف ، يقال نكل عن العدو واليمين إذا جبن وامتنع
القاموس ١٣٧٦ ، المصباح المنير ٦٢٥ ، النظم المستعذب ١/ ٢٩٠ ، مغني المحتاج ٤٧٨/٤ .
٢- سقطت من : د .
٣- سقطت من أ و د ، وفى ب و م : مقر .
٤- فى أ : والحالة الثالثة .
٥- فى أ و د : لمن أنكر .
٦- سقطت من : د .
٧- المصادر السابقة (هامش ٤ ص ٧٥) .
٨- فى ب و جـ و د : من تركتهما قبل القسمة .
٩- سقطت من : أ .
١٠- سقطت من : ب و جـ .
١١- فى ب و جـ و د : منهما !

فإن قيل : أليس لو أنكرهما ونكل فحلف [١] أحد الأخوين ونكل الآخر كان النصف للحالف لا يشاركه فيه الناكل ؟

قيل : نعم .

والفرق بينهما من وجهين :

[أحدهما] [٢] أن الناكل يسقط حقه بنكوله ؛ إذ قد كان يمكنه [٣] أن يصل إليه بيمينه ، وليس كذلك فى الإقرار .

والثانى : أنه قد تقرر فى الأصول أن أحداً لا يستحق بيمين غيره شيئاً [٤] ، وليس كذلك فى الإقرار .

أ- فصل : **(ملك بين أخوين صالح به أحدهما) :**

فإذا ثبت أن النصف المقربه يكون بين الأخوين معاً ؛ فصالح الأخ المقر له بالنصف للمقر فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يصالحه على حقه - وهو الربع - فالصلح جائز ، والشفعة فيما صالح عليه من الربع واجبة .

وفيها قولان : [٥]

أحدهما : أنها تجب لأخيه المشارك فى نصف الدار دون المقر . [٦]

والقول الثانى : أنها تجب لأخيه/وللمقر الذى صولح [٧] .   ٧٦ب

١- فى أ : وحلف .

٢- سقطت من : د .

٣- فى أ : إذا كان قد يمكنه !

٤- ولذلك لا يصح التوكيل فى الأيمان . انظر: روضة الطالبين ٢٩١/٤ ، مغنى المحتاج ٢٢٠/٢ .

٥- الأم ٣/٤ ، المختصر ٢١٩ .

٦- انظر أيضاً : المهذب ٣٨١/١ ، التنبيه ٨١ ، فتح العزيز ٣٣٠/١٠ ، مغنى المحتاج ٣٠٥/٢ نهاية المحتاج ٢١٣/٥ .

وقال النووى فى روضة الطالبين ١٠٠/٤ : إن أظهر القولين الاشتراك .

وعبارة المختصر (فكلاهما سواء لأنهما فيها شريكان ، قال المزنى : هذا أصح من أحد قوليه : إن أخاه أحق بنصيبه).

٧- فى أ و د: الذى صالح .

فلا يكون [١] للأخ أن ينزع من المصالح إلا قدر حقه [٢] .

وفى حقه قولان : [٣]

أحدهما : أنه بينهما نصفان .

والثانى : أنه بينهما على قدر المالين أثلاثاً [٤]

وسنذكر توجيه القولين فى كتاب « الشفعة » إن شاء الله تعالى . [٥]

والضرب الثانى : [أن يصالحه على جميع النصف .

فهذا على ضربين :

أحدهما] : [٦] أن يصالحه بإذن أخيه ؛ فالصلح فى النصف كله جائز ، ويكون [٧] المال الذى وقع الصلح [به] [٨] بين الأخوين نصفين .

والضرب الثانى : أن يصالحه بغير إذن أخيه ؛ فيكون الصلح فى حق أخيه - وهو الربع - باطلاً . [٩]

١- فى د : لأن لا يكون

٢- فى د : حصته

٣- الأم ٣/٤ المختصر ٢١٩ ، وانظر المصادر السابقة (هامش ٦) .

٤- وفى روضة الطالبين ٤/١٠٠ (مقتضى المذهب القطع بالحصص) وعليه فلا يقسم بالسوية بل يوزع على قدر الأملاك ..

٥- انظر : كتاب الشفعة من الحاوى - تحقيق د/ حسن علي كور كلي - ٥٢٢/٢ .

وقد ذكره المصنف هناك مفصلاً : فالقول الأول : أنه بينهما نصفين بالسوية - لأمرين :

أحدهما :أن الشفعة تستحق بقليل الملك وكثيره فاقتضى أن يتساوى فيها الشريكان - وإن تفاضلا في المال - اعتباراً بعدد الرؤوس .

والثاني:أن استحقاق الشفعة لرفع الضرر بها ، وقد يتضرر صاحب الأقل كما يتضرر صاحب الأكثر - فوجبت المساواة .

والقول الثاني - قاله في الجديد ، وهو الصحيح- :أنه بينهما على قدر ماليهما اعتباراً بالأملاك - لأمرين:

أحدهما : أن منافع الملك تتوزع على قدره - كالأرباح في التجارة .

والثاني : أن الشفعة إنما وجبت لرفع الضرر بها عن الملك الداخل عليه بحق لا بظلم .. وهذا يقل ويكثر بقلة الملك وكثرته - فوجب أن يتقسط على الأملاك دون الملاك .

٦- تكرر فى : جـ و د .

٧- فى جـ : فيكون .

٨- فى جـ : عليه ، وسقطت من : د.

٩- فى الروضة ٢٢٤/٤ (.. فإن كان بإذن الشريك صح وإلا فباطل فى نصيب الشريك . وفى نصيبه : قولا الصفقة وقيل يصح فى جميع المقر به لتوافق المتعاقدين وهو ضعيف) وانظر المصادر السابقة.

وهل يبطل فى حق نفسه ، أم لا ؟

على قولين - من تفريق الصفقة : [١]

أحدهما : يبطل

والثانى : لا يبطل ، ويكون المصالح بالخيار بين فسخ الصلح واسترجاع العوض - إلا أن يأخذ الآخر بالشفعة - [٢] وبين أن يقيم على الصلح فى حقه .

وبماذا يقيم عليه؟

على قولين : [٣]

أحدهما : بجميع العوض . [٤]

والثانى - وهو أصح - : يقيم عليه بحسابه وقسطه - وهو النصف .

١- هما فى الأم ٤٣/٣ ، ٨٧ ، ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ المختصر ١٨٣ ، ١٨٤ وقد ذكر المزنى هنا عدداً من المسائل التى فيها اختلاف قول الشافعى رحمة الله عليهما فى تفريق الصفقة واختار الصحة وانظرهما فى : المهذب ٢٦٩/١ ، التنبيه ٦٣ ، روضة الطالبين ٤٢٢/٣ مغنى المحتاج ٤٠/٢ نهاية المحتاج ٤٧٨/٣ .

وقد فصّل النووى المسألة فى أواخر كلامه فى المجموع ٤٢٦/٩ ورجح الصحة ، كما ذكر فى المنهاج والروضة أن الصحة أظهر .

وصورة المسألة : أن يجمع في عقد واحد بين ما يصح ومالا يصح ، ثم يحصل تفريق بينهما كما لو باع خلاو خمراً فى عقد ، أو ملكه وملك غيره ، أو معلوماً ومجهولا .. أو باع سلعتين فتلفت إحداهما قبل قبضهما .. فهل يصح فى الباقى ؟ القولان .

والصفقة البيع ، (وإنما قيل للبيع صفقة لأنهم كانوا إذا تبايعوا تصافقوا بالأيدى) والصفق الضرب الذى يسمع له صوت - ومنه التصفيق باليد -.

الصحاح ١٥٠٧/٤ ، اللسان ٦٩/١٢ ، المصباح المنير ٣٤٣ ، المصادر السابقة أعلاه .

٢- فى ب و جـ و م : إلا أن يأذن الأخ إلى أخذه بالشفعة

٣- الأم ٨٧/٣ ، المختصر ١٨٣ وانظر المهذب ٢٦٩/١ ، ٣٧٨ التنبيه ٨١،٦٣ روضة الطالبين ٤٢٧/٣ ، مغنى المحتاج ٤١/٢ - وذكر النووى فى الروضة أن أظهرهما الثانى فلا يلزمه إلا حصة ما أخذ .

٤- فى ب و جـ و م زيادة (وإلا فسخ) وفى د : (وإن فسخ).

ب- فصل : (اعتراض من المصنف على المزني) :

فأما المزنى : فإنه نقل [(١)] كلاماً محتملاً ، وتأوله [(٢)] تأويلاً فاسداً ، ثم اعترض عليه بما لو صح تأويله لصح اعتراضه .

وهو أنه نقل عن الشافعى (إذا أقر لأحدهما بنصفها [(٣)] فصالحه من ذلك على شيء كان لأخيه أن يدخل معه فيه) [(٤)] .

فتأوله على [أن] [(٥)] الشافعى أجاز صلحه فى جميع النصف ، ثم جعل أخاه شريكاً له فى مال الصلح .

فاعترض عليه بأن قال : يجب [(٦)] أن يبطل الصلح فى حق أخيه .

وهذا وهمٌ من/ المزنى فى تأويله . ٧٧ م

لأن مراد الشافعى بقوله (كان لأخيه أن يدخل معه فيه) . يعنى فى : النصف من الدار لا فى النصف من المال . [(٧)]

والجواب فى الصلح على ما شرحنا . [(٨)]

١- في المختصر : ٢٠٤ وقد سبق ص٧٤ .

٢- فى ب : تأوله ، وفى د : وتأويله فاسد .

٣- فى جـ و م : بنصفه .

٤- الأم ٢٢٨/٣ ، المختصر ٢٠٤ .

٥- سقطت من : د .

٦- عبارة المختصر (ينبغى) .

٧- عبارة الشافعى فى الأم تؤكد ما قاله الماوردى فالمراد نصف الدار المقر به وليس مال الصلح .
قال الشافعى رحمه الله تعالى ٢٢٨/٣ : (ولو أن رجلين ادعيا دارا فى يدى رجل وقالا : هى ميراث لنا عن أبينا ... ولو أقر لأحدهما فصالحه من ذلك الذى أقر له به على شيء كان لأخيه أن يدخل معه فيما أقر له بالنصف ، لأنهما نسبا ذلك إلى أنه بينهما نصفين) . وانظر : المهذب ٣١٥/٢ .

٨- ص ٧٧ .

٧- مسألة : (الصورة الثانية:ادعى الأخوان دارا في يد رجل ولم ينسبا ملكهما إلى سبب واحد) :

قال الشافعي رحمه الله تعالى : (ولو كانت المسألة بحالها ، وادعى كل واحد منهما نصفها فأقر [١] لأحدهما بالنصف وجحد الآخر لم يكن للآخر من ذلك حق ، وكان على خصومته). [٢]

وهذا صحيح .

إذا ادعى أخوان داراً فى يدى رجل ولم ينسباها إلى أنهما ملكاها بسبب واحد ، فأقرّ [٣] المدعى عليه لأحدهما بالنصف وأنكر الآخر فعليه اليمين لمن أنكره ، وينفرد المقر له بالنصف لا يشاركه الآخر فيه لأنه لا تعلق لملك أحدهما بالآخر [٤] .

وهكذا لو ادعياها [٥] ميراثاً مقبوضا قد استقر ملكهما عليها بالقسمة والقبض : فصدق أحدهما على النصف وأنكر الآخر ؛ تفرد المقر له بالنصف - ولم يشاركه الآخر فيه - كما لو لم يضيفا ذلك إلى سبب واحد .

لأن الميراث إذا استقر ملكه بالقسمة والقبض لم يتعلق [ملك] [٦] أحدهما بالآخر . [٧]

١- هكذا فى الأم والمختصر ، وفى النسخ الأخرى : وأقر .

٢- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٢٢٨/٣ .

٣- فى د : فأقام .

٤- انظر أيضا : المهذب ٣١٥/٢، أدب القضاء ٣٤٢/٢ ، روضة الطالبين ٢٢٤/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٨/٢

٥- فى د : ادعاها .

٦- سقطت من : د .

٧- المصادر السابقة

ألا ترى لو اقتسما دارين وأخذ كل واحد منهما إحدى الدارين ثم غصبت إحدى الدارين من أحدهما انفرد الآخر بالباقية من غير أن يشاركه فيها أخوه .

ولو غصبت قبل القسمة لشاركه فيها.

كذلك الإقرار : إذا صدق أحدهما على النصف قبل القسمة شاركه الآخر فيه ، وإن صدقه بعد القسمة لم يشاركه الآخر فيه ./ ٧٧ ب

٨- مسألة : **(الصورة الثالثة:ادعى الأخوان دارا في يد رجل فاعترف لأحدهما بجميعها وأنكر الآخر):**

قال الشافعي رحمه الله تعالى - (ولو كان أقر لأحدهما بجميع الدار .

فإن كان [١] لم يقر للآخر بأن له النصف فله الكل [لا يرجع به الآخر عليه] [٢] .

وإن كان أقر بأن له النصف ولأخيه النصف كان لأخيه أن يرجع بالنصف عليه) . [٣]

وهذا كما قال .

إذا ادعى الأخوان داراً في يدى [٤] رجل ، فاعترف [٤] المدعى عليه [٥] لأحد الأخوين بجميع الدار وأنكر الآخر فهذا على ضربين :

أحدهما : أن ينسبا ذلك إلى جهة واحدة يستويان فيها ؛ [فتكون الدار بين الأخوين معاً .

والضرب الثانى : ألا [٦] ينسباها إلى جهة يستويان فيها ،] [٧]

١- أى أن الأخ المقر له لم يكن سبق منه إقرار لأخيه بأن له نصف الدار التى ادعاها على المصالح .

٢- ليس هذا فى المختصر و م.وهو فى النسخ الأربع الأخرى .

٣- المختصر . ٢٠٤ ، لأم ٢٢٨/٣ .

٤- فى أ : داراً فى يد رجل واعترف ..

٥- هذه المسأله مفرعة عن التى قبلها .

٦- فى جـ : أن ينسباها .

٧- ما بين المعقوفتين سقط من : أ و د .

فللمقر له حالان :

حال : يقبل الإقرار بجميعها .

وحال : لا يقبل .

فإن لم يقبل الإقرار بجميعها كان له النصف الذى ادعاه . فأما النصف [١] الآخر الذى أقر له [به] [٢] و[لم يقبله] [٣] ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه : [٤]

أحدها : أنه يكون مقراً فى يد المدعى عليه ، ويكون المكذب خصما له فيه .

لأنه لم يستحق أخذه ، مع [أن] [٥] يده عليه .

١- فى ب : الضرب الآخر .

٢- سقطت من : د .

٣- سقطت من : جـ .

٤- بحثوا هذه المسألة أيضاً فى الدعاوى والبينات والإقرار ..

انظر : المهذب ٢/٣١٢ و ٢/٣١٥ ، التنبيه ١٥٨ ، حلية العلماء ٥/٢٧ ، روضة الطالبين ٤/٢٢٥، ٤/٣٥٨ ، ١٢/٥٥ ، مغنى المحتاج ٢/٢٤٢ ، ٤/٤٧١ ، أسنى المطالب ٢/٢٢٩ ، ٤/٤٠٨ .

وقال النووى فى الصلح والإقرار (أصحها أولها) - يعنى أنه يترك فى يد المدعى عليه (المقر) — غير أنه قوّى نزعه ويحفظ إلى ظهور مالكه.فى الدعاوى والبينات كما فى روضة الطالبين ١٢/٥٥ .

٥- سقطت من : جـ .

والوجه الثانى : أنه ينزع النصف من يده ، ويوضع على يد الحاكم حتى إذا ثبت عنده مستحقه سلمه إليه .

لأن إقراره أوجب رفع يده .

والثالث : أنه يدفع إلى مدعيه ، [لأنه][1][لا][2]خصم له فيه .

وإن قبل مدعى النصف الإقرار[3]بالكل انتزع الكل من يد المدعى عليه ، ثم نظر :

فإن كان المقر له قد حفظ عليه تصديق أخيه فى ادعائه النصف - إما قبل الإقرار له أو بعده - لزمه تسليم النصف إلى أخيه بما تقدم من إقراره .

لأن إقراره على غيره لا يلزم ، فإذا صار القبض إلى يده[4] لزمه[5].

ألا ترى أن رجلاً لو أقر أن الدار التى فى يد فلان مغصوبة من فلان لم يلزم[6] إقراره [7].

فلو صارت/ الدار إليه ببيع أو هبة أو ميراث لزمه إقراره ، ووجب عليه تسليم الدار إلى من أقر بغصبها منه [8].

٩٧٨

١- سقطت من : جـ .

٢- سقطت من : أ و ب و م .

٣- فى د : الكل بالإقرار .

٤- فى ب : مدة .

٥- فى ب و جـ : لزم .

٦- فى أ و د و م : لم يلزمه .

٧- من القواعد الفقهية «الإقرار حجة قاصرة» .

وما ذكره المصنف هنا مثال لها . قال المزنى فى المختصر ١٩٤ (وهو - أي الشافعى - والعلماء مجمعة أن من أقر بما يضره لزمه ، ومن أقر بما يبطل به حق غيره لم يجز على غيره) .

وانظر : الأشباه والنظائر في الفقه للسيوطى ٤٦٤ .

٨- انظر: المهذب ٢/٣١٥ ، الروضة ٤/٢٢٥ .

فأما إن لم يكن مدعى النصف صدق أخاه فى دعواه فله أن ينفرد بجميع الدار ، ولا حق فيها لأخيه - إلا أن يستأنف الدعوى عليه ، فيصير خصماً له فيها [١].

فإن قيل : فهو إنما ادعى النصف فكيف يجوز أن يدفع إليه الكل ويزاد على ما ادعاه ؟

قيل : قد اختلف أصحابنا :

فكان بعضهم - لأجل هذا السؤال - يقول :

إن المسألة مقصورة [٢] على أنه ادعى نصفها ملكاً ، وباقيها يداً [٣].

فإذا أقر له بالجميع دفع إليه بدعوى الملك واليد .

ولو لم يدع [اليد [٣] لم يدفع] [٤] إليه إلا النصف .

وقال جمهور أصحابنا : بل يدفع إليه جميعها ؛ وإن لم يدع سابقاً إلا نصفها .

لأنه ليس بمنكر [٥] أن يكون له جميع الدار .

فيدفع [٦] نصفها لأمور منها : [٧]

أن يكون نصفها مصدقا عليه فلم يدعه [٨] ، ونصفها منازع فيه فادعاه .

ومنها :

أن يكون له بنصفها [٩] بينة حاضرة ، وبنصفها بينة غائبة ؛ فيدعى نصفها لتشهد به البينة الحاضرة ، ويؤخر الدعوى فى النصف الآخر إلى أن تحضر البينة الغائبة .

ومنها :

١- المهذب ٢/٣١٢ ، ٣١٥ فتح العزيز ١٠/٣٣١ ، الروضة ٤/٢٢٥ .

٢- فى جـ و د : مصورة .

٣- انظر ما يأتي عن معنى اليد ومراتبها ص ١٠٣ هامش ٥ .

٤- سقط من : د .

٥- فى أ و د : لأنه ليس يمكن .

٦- فى ب و م : فيدع نصفها .

٧- المهذب ٢/٤١٥ ، فتح العزيز ١٠/٣٣١ ، الروضة ٤/٢٢٥.

٨- فى ب و د : فلم يدعيه .

٩- فى أ : بنصفه ، وفى د : نصفها .

أن يدعى مالا منازعة[١] له فيه استثقالاً[٢] لخصومة وهى تأخير النزاع .

فلهذه الأمور [صح][٣] إذا ادعى النصف أن يدفع إليه الجميع .[٤]

٩- مسألة : (إذا أقر المدعىٰ عليه ثم صالح المدعي بعبد فبان مستحقا) :

قال الشافعى - رحمه الله تعالى - : (وإن صالحه على دار أقر له بها بعبد[٥] قبضه فاستحق العبد رجع إلى الدار/ فأخذها منه) .[٦] ٧٨ ب

وهذا صحيح .

إذا ادعى عليه داراً فى يده ، فأقر بها ، ثم صالحه منها على عبد فاستحق العبد فذلك ضربان:

أحدهما : أن يكون العبد معيناً ؛ فالصلح باطل .

كما لو ابتاع داراً بعبد[٧] فاستحق [العبد][٨].

وله أن يرجع بالدار كما يرجع البائع إلا أن يستأنفا[٩] صلحاً ثانياً.

١- فى د : مالا منازع له .

٢- فى أ : انشغالاً بالخصومة .

٣- سقطت من : د .

٤- المصادر السابقة (هامش ٧) .

٥- فى د : أقر بها بعد قبضه .

٦- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٣/٢٢٩ .

٧- فى د : لعبد .

٨- ليست فى ب و جـ و د .

٩- في أ و م : يستأنف .

وكذا لو كان العبد مرهوناً ، أو مكاتباً ، أو مات قبل قبضه .

ولا يبطل الصلح لو[١] كان مدبراً ، أو موصى بعتقه ، أو معتقا بصفة[٢] [٣] .

والضرب الثانى : أن يكون العبد غير[٤] معين - موصوف [فى] [٥]الذمة - فالصلح لا يبطل باستحقاقه ، وعليه أن يأتى بعبد على مثل صفته .

كما لو استحق العبد المقبوض فى السلم .

ولو كان العبد معينا فقتل قبل قبضه ففى بطلان الصلح بقتله قولان ذكرناهما فى البيوع [٦] .

١- في د : كما لو كان .

٢- فى ب و د : أو معتقا نصفه ، و فى أ : أو نصفه معتقاً .

٣- أنظر : الأم ٢٢٩/٣ ، المختصر ٢٠٤ ، المهذب ٤٠٥/١ ، ٤٠٧ روضة الطالبين ٤٥٣/٣ .

٤- فى جـ : عتق معين ، وفى د : بثمن معين .

٥- سقطت من : د .

٦- هما فى كتاب البيوع من الحاوى - تحقيق د / محمد مفضل ٢٦٥/٢ ، ٢٦٦ ، المختصر ١٨١ ، المهذب ٢٦٠/١ ، ٢٨٧ المجموع للنووى ٩ / ٢١٨ ، الروضة ٥٠٢/٣ .

وأحد القولين هو : أن البيع يبطل ، والثانى لا ينفسخ بل للمشترى الخيار إن شاء فسخ واسترد الثمن ، ويغرم الأجنبى للبائع ، وإن شاء أجاز وغرم الأجنبى .

والأظهر هو القول الثانى - قاله النووى فى الروضة .

١٠- مسألة :(صالحه عن الدار التي أقر بها بسكناها مدة فهذا عارية):

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : (ولو صالحه على أن يسكنها الذى هى فى يده وقتا [١] فهي عارية[٢] - وإن شاء أخرجه منها)[٣] .

وهذا صحيح .

إذا ادعى عليه داراً فاعترف بها ثم صالحه على أن يسكنها المقر سنة كان الصلح باطلاً[٤] .

لأن الصلح إنما يصح إذا عاوض عل ما يملك بمالا يملك وهذا قد عاوض على ملكه[٥] بملكه ؛ لأن من ملك داراً ملك سكناها .

فإن قيل : أو ليس[٦] لو صالحه على نصفها[٧] جاز ؟

قيل : قد ذكرنا فيه وجهين[٨] .

أحدهما : لا يجوز للعلة التى ذكرناها .

والثانى : يجوز ، والفرق بينهما :

أن الصلح على النصف هبة - والهبة لازمة[٩] - فصار الصلح بها لازماً ،

١- فى أ : وقال فهى .

٢- العارية من التعري وهو التجرد ومعناها اصطلاحاً : إباحة الانتفاع بالأعيان التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها .

سميت بذلك لتعريها عن العوض - فهى تمليك منفعة بلا بدل .

الصحاح ٢٤٢٤/٦ ، اللسان ٢٧٢/١٩ ، تصحيح التنبيه ٧٨ ، النظم المستعذب ٣٦٢/١ ، أنيس الفقهاء ٢٥١ ، مغنى المحتاج ٢٦٣/٢ .

٣- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٢٢٨/٣ .

٤- المهذب ٣٣٣/١ ، حلية العلماء ٩/٥ ، فتح العزيز ٣٠١/١٠، الروضة ١٩٧/٤ ، أسنى المطالب ٢١٦/٢.

وفى المهذب والحلية تصريح بأن فى هذه المسألة وجهين .

وأشير إليهما فى الفتح والروضة .

٥- فى أ : على ماله بملكه ، وفى د : على مالم يملكه .

٦- فى أ و ب و د و م : أفليس .

٧- فى د : على بعضها .

٨- سبق الوجهان ص ٤٨.

٩- تكون الهبة لازمة إذا قبضها الموهوب له - والهبة هي تمليك عين بلا عوض في حال الحياة تطوعاً .

المهذب ٤٤٧/١ ، الروضة ٣٦٤/٥ ، ٣٧٥ ، مغنى المحتاج ٣٩٦/٢ ، ٤٠٠ .

والصلح على السكنى عارية - والعارية غير لازمة - فصار الصلح بها غير لازم .

فإذا ثبت أن هذا الصلح باطل فلمالك الدار أن يسكنه [إياها][١] إن شاء .

وله أن يخرجه منها متى شاء - كالدار المعارة - ولا أجرة عليه .

فلو جعل الصلح على السكنى شرطاً فى إقراره - فقال : قد أقررت لك بهذه الدار على أن أسكنها سنة - بطل اشتراط السكنى والصلح عليه .

فأما الإقرار فقد اختلف أصحابنا فيه [على وجهين][٢] .

فذهب [أبو على][٣] بن خيران[٤] إلى بطلانه ؛ لكونه إقراراً مقيداً بشرط .

وذهب سائر أصحابنا إلى صحة الإقرار ولزومه[٥] ؛ لأنه إقرار شرط [٦] فى عارية .[٧]

١- سقطت من : جـ

٢- لسيت فى : أ و ب و جـ و م .

٣- سقطت من : أ و د .

٤- أبو على الحسين بن صالح بن خيران ، من أئمة المذهب الشافعى ، كان فاضلاً ورعاً ، طلب منه أن يتولى القضاء فرفض واستتر .. توفى سنة عشرين وثلاثمائة (٣٢٠ هـ) وقيل غير ذلك - رحمه الله تعالى.

طبقات الشافعية الكبرى للسبكى ٢٧١/٣ ، النجوم الزاهرة ٢٣٥/٣٠ ، وفيات الأعيان ٤٠٠/١ ، طبقات ابن قاضى شهبة ٩٣/١ .

٥- حلية العلماء ١٠/٥ ، فتح العزيز ٣٠٢/١٠ ، الروضة ١٩٨/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٠/٢ نهاية المحتاج ٣٨٩/٤ .

وقال النووى : الأصح البطلان وليس بإقرار - فعلى هذا يكون الصلح بعد هذا الالتماس صلح إنكار .
ومحل الوجهين إذا قال ذلك بعد إنكاره ، أما لو قال ذلك ابتداء قبل إنكاره فإنه يبطل جزماً .

٦- فى ب و جـ و م : بشرط .

٧- فلا يؤثر تقييد الإقرار بهذا الشرط ؛ لأن العارية غير لازمة .

١١- مسألة : **(لو صالحه على خدمة عبد لمدة سنة ثم تصرف فيه المصالح ببيع أو عتق .. قبل نهاية المدة) :**

قال الشافعي - رحمه الله تعالى : (ولو صالحه [منها][١] على خدمة عبد بعينه سنة فباعه المولى كان للمشترى الخيار فى أن يجيز البيع وتكون الخدمة على العبد للمصالح .[٢]

أو يرد[٣] البيع)[٤] .

وهذا كما قال .

إذا صالح المقر بالدار على خدمة عبد معين سنة جاز الصلح .

لأن المقر عاوض [على][٥] الدار بما ملكه من خدمة العبد.

وصار المقر [له][٦] بالدار مستأجراً للعبد سنة بالدار التى قد ملكها بالإقرار .[٧]

فلو باع المولى عبده قبل مضي السنة كان الصلح على حاله وفى البيع قولان :[٨]

أحدهما : باطل .

١- ليست فى : أ .

٢- فى النسخ الأربع المصورة : المصالح ، وأثبت ما فى المختصر وم .

٣- فى أ و د : أورد البيع ، وفى جـ : ويرد البيع .

٤- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٢٢٩/٣ .

٥- سقطت من : د.

٦- سقطت من : د .

٧- فيكون هذا الصلح إجارة وتثبت فيه أحكام الإجارة .

المهذب ٣٣٣/١ ، الروضة ١٩٣/٤ ، مغنى المحتاج ١٧٨/٢ ، نهاية المحتاج ٣٨٤/٤ .

٨- الأم ٢٢٩/٣ ، المختصر ١٨١ ، وانظر : المهذب ٤٠٧/١ ، ٢٦٣/١ ، التنبيه ٨٥ ، الروضة ٢٥٤/٥ ، مغنى المحتاج ٣٦٠/٢ وقال النووي (وهو صحيح على الأظهر عند الأكثرين . ويجرى القولان سواء أذن المستأجر أم لا .

وإذا صححنا لم تنفسخ الإجارة ..) .

لأن تسليمه غير مستحق ؛ كالبيع بشرط تأخير القبض .

والقول الثانى : وهو أصح - : أن البيع جائز .

لأن[١] استحقاق المنفعة لا يمنع بيع الرقبة ؛ كالأمة المزوجة .

فعلى هذا :

إن كان المشترى عالماً بالحال فلا خيار له .

وإن كان جاهلا بها[٢] فله الخيار بين الفسخ ، والمقام وتمكين المصالح/منه إلى انقضاء مدة الخدمة .[٣]

٧٩ ب

ولا رجوع له على البائع بشىء من أجرتها .

لأنها [منفعة][٤] مستحقة قبل عقده .[٥]

فأما إذا ابتاعه المصالح فالبيع جائز - قولاً واحداً - .

لأنه[٦] فى قبضه .

وفى انفساخ[٧] الإجارة وجهان :[٨]

أحدهما : لا تنفسخ ؛ كما لو باعه على غيره .

فعلى هذا : الصلح على حاله .

١- فى د : لاستحقاق .

٢- فى د : به .

٣- فى أ : إلى انقضاء المدة .

٤- سقطت من : م .

٥- المصادر السابقة (هامش ٨) .

٦- فى م : إلا أن فى قبضه .

٧- فى أ : وفى انفساخه وجهان

٨- المهذب ٣٣٣/١ ، ٤٠٧/١ ، روضة الطالبين ٢٥٢/٥ ، مغنى المحتاج ٣٦٠/٢ ، وذكر النووى أن الأصح عدم انفساخها .

والوجه الثانى : أنها قد انفسخت ؛ كما لو تزوج أمة ثم ابتاعها بطل النكاح المتقدم بالبيع[١] الطارىء - كذا تبطل الإجارة السالفة بالبيع الحادث .

فعلى هذا : قد بطل الصلح ، وملك العبد بالبيع .

أ- فصل : (**تصرف المصالح بعتق العبد**) :

فأما إذا أعتق السيد عبده الذى صالح بخدمته[٢] فعتقه نافذ لأنه صادف ملكا تاماً فلم يمنع[٣] منه استحقاق المنفعة ، كعتق الأمة المزوجة .

وعلى العبد [المعتق][٤] خدمة المصالح فى[٥] السنة .

وهل له أن يرجع على سيده الذى أعتقه بأجرة الخدمة بعد عتقه ؟

على قولين : [٦]

أحدهما : يرجع عليه بأجرته فيما بقى من المدة بعد عتقه .

لأن نفوذ عتقه يمنع من استحقاق منافعه ؛ فصار كالآخذ لها بغير حق فضمن كالغاصب .

والقول الثانى :

لا رجوع له بشىء .

١- فى ب و جـ ود : بالنكاح الطارىء ! .

٢- فى أ و د : على خدمته .

٣- فى جـ و م :فلم يمنع استحقاق ، وفى د : فلم يمنع من استحقاق .

٤- ليست في : ب ، جـ .

٥- فى أ و د : فى وقته ، وفى م : باقى السنة .

٦- الأم ٢٢٩/٣ .

وانظر المهذب ٤٠٧/١ ، التنبيه ٨٥ ، الطالبين ٢٥١/٥ ، مغنى المحتاج ٣٥٩/٢ .

قال النووي في الروضة (ولا يرجع على السيد بأجرة المثل للمدة الواقعة بعد العتق على الأظهر الجديد).

لأن عتق السيد أزال ما كان مالكاً [له][1] ؛ وخدمة [العبد][2] تلك السنة لم يكن السيد مالكاً لها ، فلم يتعلق حكم العتق بها .

ولم يستحق العبد رجوعاً بسببها كالأمة المزوجة إذا أعتقت لم تستحق الرجوع على سيدها بالمهر .

ب - فصل : (إذا صالح بخدمة عبده مدة ثم كاتبه أو دبره أو أجره قبل نهايتها) :

فأما إذا كاتبه السيد فالكتابة[3] باطلة[4] .

لأنه لا يقدر على التصرف لنفسه ، ولا على تملك / كسبه .   ٨٠ أ

ولكن لو دبره صح التدبير[5] .

وكذلك لو أعتقه بصفة[6] .

١- سقطت من : أ و ب و د .

٢- سقطت من : د .

٣- الكتابة هنا هي : جمع حرية رقبة العبد مالاً ، مع حرية يده حالاً .

سميت كتابة لما فيها من جمع النجوم بعضها إلى بعض ، لأن المكاتب يجمع المال ويضمه .

ومعنى التعريف أن السيد يبيع عبده لنفسه بمال مؤجل في ذمته ويبقى قنا حتى يؤدي ما عليه مع السماح له بالكسب من حين المكاتبة .

القاموس المحيط ١٦٥ ، المصباح المنير ٥٢٤ ، أنيس الفقهاء ١٦٩ ، التعريفات ١٨٣ ، النظم المستعذب ٢/ ١٠ تهذيب الأسماء مج٣/ج٢ق٢/ ١١١، مغنى المحتاج ٤/ ٥١٦ .

٤- روضة الطالبين ٥/ ٢٥٢ ، مغنى المحتاج ٥/ ٥١٦ .

٥- التدبير تعليق العتق بالموت ، مأخوذ من الدبر - لأن الموت دبر الحياة .

القاموس المحيط ٤٩٩ ، المصباح المنير ١/ ١٨٨ أنيس الفقهاء ١٩٦ ، التعريفات ٥٤ ، النظم المستعذب٢/ ٦ ، مغنى المحتاج ٤/ ٥٠٩ ، تهذيب الأسماء مج ٣/ج١ق٢/ ١٠٣ .

٦- كأن (يعلق العتق على الأخطار والصفات كمجى الأمطار وهبوب الرياح وغير ذلك من الصفات) انظر التنبيه ص ٩٧ .

فأما إذا أجّره من غير المصالح فالإجارة باطلة .

لأن[١] ما توجه [٢] إليه عقد الإجارة مستحق من قبل.

وإن عقد[٣] على ما بعد السنة فهو باطل.

لأنه عقد على عين بشرط تأخير القبض[٤] .

فأما إذا رهنه فقد اختلف أصحابنا فيه :

فمنهم من أجرى الرهن مجرى البيع – فعلى هذا يخرج على قولين [٥] .

ومنهم من أجراه مجرى الإجارة ؛ لأنه في الحال متوجه إلى المنفعة[٦] .

فعلى هذا يكون باطلاً – قولاً واحداً –[٧] .

[فأما إذا وهبه ففيه قولان[٨] – كالبيع سواء][٩].

١- في د : لأنه .

٢- في ب : يوجبه .

٣- في ب و جـ : وإن عقده ، وفي د : إن عقد .

٤- انظر المصادر السابقة ص ٩٢.

٥- سبق القولان ص ٩٠ .

٦- في ب : يتوجه ، وفي أ : متوجه إلى التقدم ، وفي د : متوجه إلى النفع .

٧- مرحكم تأجيره ص ٩٠ .

٨- سبق القولان في البيع قريباً وقد مر ص٩٠ أن الصلح بخدمة العبد سنة له أحكام الإجارة ، وقد ذكروا المسائل السابقة في باب الإجارة – انظرها في المهذب ٤٠٧/١ ، الروضة ٥٥٢/٥ – ٢٥٥ .

٩- سقط من : أ .

١٢- مسألة : (لو مات العبد المصالح بخدمته سنة) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - (ولو مات [١] العبد جاز من الصلح بقدر ما استخدم ، وبطل [منه] [٢] بقدر ما بقي) [٣].

وهذا كما قال .

إذا مات العبد الذى صالحه على الدار بخدمته سنة لم يخل حال موته من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يموت فى الحال - قبل مضي المدة ، أو شيء منها - فالصلح قد بطل .

لتلف [٤] العوض قبل قبضه ؛ كتلف الثمن [المعيّن] [٥] قبل القبض .

وللمصالح أن يرجع بالدار كما يرجع البائع بالمبيع [٦] [٧] .

والحال الثانية : أن يموت بعد مضى السنة كلها ، فالصلح قد تم ، وحكمه قد انبرم .

وموت العبد غير مؤثر فيه لاستيفاء [٨] المعقود عليه [قبل موته] [٩].

والحالة الثالثة : أن يموت بعد مضى بعض المدة [وبقاء بعضها] [١٠].

١- فى أ : تلف .

٢- سقطت من : ج .

٣- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٣/ ٢٣٢ .

٤- فى أ : لأن تلف .

٥- سقطت من : أ و د .

٦- فى دوم : بالبيع .

٧- الأم ٣/ ٢٢٧ ، المهذب ١/ ٤٠٥ ، التنبيه ٨٥ ، روضة الطالبين ٥/ ٢٤٠ ، مغنى المحتاج ٢/ ٣٥٥ .

٨- فى أ : لبقاء

٩- سقطت من : ب .

١٠- سقطت من:ج .

فالصلح قد بطل فيما بقى من المدة لفوات قبضه بالموت .

فأما فيما مضى من المدة المستوفاة فهو[١] على اختلاف أصحابنا فى الفساد فى بعض الصفقة إذا طرأ بعد العقد :

هل يجرى مجرى الفساد المقارن للعقد ؟[٢] .

[فمذهب أبي إسحاق المروزى أنه يجرى مجرى الفساد المقارن للعقد][٣] .

فجعل[٤] بطلان الصلح/فيما مضى من المدة [كبطلانه فيما بقى من المدة][٥] على قولين من تفريق الصفقة :[٦] . ٨٠/ب

أحدها : قد بطل الصلح فيما بقي[٧] ، ووجب على المصالح أجرة ما استخدم فيما مضى من المدة- وله استرجاع الدار .

والقول الثانى : لا يبطل .

لكن يكون بالخيار بين الفسخ والمقام .

١- فى أ و د : فهى .

٢- انظر المهذب ٤٠٥/١ ، ٢٩٦ ، روضة الطالبين ٤٢٣/٣ ، ٤٨٨ و ٢٤٠/٥ مغنى المحتاج ٤١/٢ ، قال النووى فى الروضة ٤٢٣/٣ (.. من اشترى عبدين فتلف أحدهما قبل قبضهما انفسخ البيع في التالف وفى الباقى طريقان أحدهما : على القولين فى جمع عبده وعبد غيره وأصحهما : القطع بأنه لا ينفسخ) .

٣- سقط من : أ .

٤- فى أ : فيحصل .

٥- سقط من : م .

٦- مر القولان فى تفريق الصفقة ص ٧٩ .

٧- فى ب و جـ و د : فيما مضى .

[فإن فسخ][١] رجع بالدار ، وغرم أجرة ما مضى [من المدة][٢] .

وإن أقام فعلى قولين[٣] :

أحدهما : يقيم عليه بجميع الصلح .

والثانى : بحسابه وقسطه .

وقال جمهور أصحابنا : إن الفساد الحادث بعد العقد مخالف للفساد المقارن[٤] للعقد . لسلامة الصفقة عند عقدها[٥] .

فيكون الصلح فيما مضى من المدة جائزاً - قولاً واحداً - .

فعلى هذا : [هل][٦] للمصالح خيار فيه أم لا ؟

على وجهين [٧] :

أحدهما : لاخيار له ؛ لاستقرار قبضه وفوات رده .

فعلى هذا يقيم على ما مضى من المدة بحسابه من الصلح [وقسطه] [٨] ، ويرجع من الدار بقسط ما بقى من المدة .

١- سقط من : د .

٢- سقط من : ب و جـ و د .

٣- مر القولان ص ٧٩ .

٤- فى جـ : المقارب .

٥- انظر المصادر السابقة (ص ٩٦ هامش ٢) .

٦- سقطت من : د .

٧- المهذب ٢٦٩/١ ، روضة الطالبين ٤٢٤/٣ ، ٢٤١/٥ ، مغنى المحتاج ٤١/٢ .
قال النووى فى الروضة ٢٤١/٥ (وإن قلنا لا ينفسخ .. فهل له خيار الفسخ ؟ وجهان أصحهما عند الإمام والبغوي : لا . لأن منافعه استهلكت .
والثانى : نعم ، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون لأن جميع المعقود عليه لم يسلّم) .

٨- سقطت من : جـ .

والوجه الثانى : أن له الخيار ؛ لأنه عاوض على مدة كاملة وصفقة سليمة .

فكان النقص فيها عيبا[١] يوجب الخيار كالنقص فى الأعيان .

فعلى هذا يكون بالخيار بين أن يفسخ[٢] الصلح فيما مضى وبين أن يقيم .

فإن فسخ فيما مضى غرم[٣] الأجرة لتلك المدة ، واسترجع الدار كلها .

وإن أقام فعلى قولين :[٤] أحدهما : يقيم على ما مضى بجميع الصلح .

والثانى : بحسابه [٥]وقسطه .

١٣- مسألة : (**الحكم إذا تنازع الجاران حائطاً بين داريهما**) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : (وإذا تداعى رجلان[٦] جداراً بين داريهما فإن كان متصلا ببناء أحدهما اتصال البنيان/الذى لا يحدث مثله إلا من أول [البنيان][٧] جعلته له دون المنقطع [منه][٨]. ٨١م

وإن كان يحدث مثله بعد كمال بنيانه مثل نزع طوبة وإدخال أخرى أحلفتهما [بالله][٩] وجعلته بينهما .

١- فى ب و جـ و م:غبناً .

٢- فى د : بين إمضاء الصلح .

٣- فى جـ و د و م : مثل أجرة تلك المدة .

٤- سبق القولان ص ٧٩.

٥- فى جـ : والثانى بخمسمائة وقسطه ! .

٦- فى ب : تداعيا ، وفى د : تداعى رجلين .

٧- سقطت من : د

٨- فى أ و ب : عنه ، وسقطت من : د .

٩- لفظ الجلالة مثبت من المختصر و م وليس فى النسخ المخطوطة .

وإن كان غير موصول ببناء واحد منهما ، أو متصلاً ببنائهما جميعاً جعلته بينهما - بعد أن أحلف كل واحد منهما [على دعواه][1] ﷺ[2].

[وصورتها : فى حائط[3] بين دارين تنازعه المالكان - وقال كل واحد منهما : هو لى دونك - ولا بينة لواحد منهما على دعواه][4].

فلا يخلو حال الحائط من ثلاثة أقسام :

إما أن يكون متصلاً [ببنائهما ، أو يكون منفصلاً عن بنائهما ، أو يكون متصلاً ببناء أحدهما] [5]منفصلاً عن بناء الأخر .

فإن كان متصلا ببنائهما ، أو منفصلاً : [6]

فهما فى الحكم[7]سواء على ما نذكره[8].

وإن كان متصلا ببناء أحدهما دون الآخر - واتصاله هو : أن يكون بناء أحدهما قد اتصل[9] بشيد[10] الحائط على ما[لا][11] يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء فصارت حائطين :

١- ليست فى المختصر و م .

٢- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٣/ ٢٣٠ .

٣- الحائط الجدار ، مأخوذ من حاط يحوط إذا طاف بجوانب الشىء والجميع حيطان وحياط ، والحائط أيضاً البستان وليس المقصود هنا .

المصباح المنير ١٥٦/١ القاموس المحيط ٨٥٦ ، النظم المستعذب ٣٣٦/١.

٤- سقط من : جـ .

٥- سقط من : جـ .

٦- فى د و م : عن بنائهما .

٧- فى ب و د : على سواء .

٨- فى أ و جـ : على ما ذكرنا ، وسيأتى ص ١٠٤.

٩- فى ب : قد اتصل بنيانه .

١٠- فى جـ : ببناء الحائط ، وفى م : ببنية الحائط .

والشيد البناء ، شدت البيت أشيده من باب باع : بينته بالشِّيد فهو مشِّيد ، وشُيدته تشييداً : طولته ورفعته ، والشِّيد بالكسر الجص .

القاموس المحيط ٣٧٣ ، المصباح المنير ٣٢٩ .

١١- سقطت من : أ و جـ .

أحدهما المعارضة مسنده بالحائط المتنازع فيه - سواء كان اتصال تربيع[١] أم لا[٢].
وقال أبو حنيفة[٣]: اتصال البناء أن يكون تربيع دار أحدهما مسندة بالحائط المتنازع فيه - ولا يكون اتصال بعض الحدود مؤثراً .

١- في جـ يرتفع .

٢- الخلاف هنا في حد الاتصال بين الجدار المتنازع فيه وبين بناء أحدهما الخاص به بحيث يكون دليلاً لصاحب البناء الخاص إذا ادعاه :

فالشافعية يقولون الاتصال هو مالا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء - كما ذكره المصنف - ولا يشترط أن يكون اتصال تربيع ، ومثال الاتصال الذى لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء ما ذكره النووى فى روضة الطالبين ٢٢٥/٤ حيث قال عنه (وصورته : أن يدخل نصف لبنات الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص ، ونصف جداره الخاص فى المتنازع فيه ، ويظهر ذلك فى الزوايا) .

وانظر : المهذب ٣١٦/٢ ، التنبيه ١٥٨ ، حلية العلماء ٢٤/٥ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ٣٤٦/٢ - فتح العزيز ٣٣٢/١٠ ، مغنى المحتاج ٢٢٩/٢ ، نهاية المحتاج ٤١٦/٤ ، تحفة المحتاج وحواشيها ٢٢٣/٥ .

وضبطه الحنابلة بمثل قول الشافعية فقالوا : حد الاتصال أن لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء مثل اتصال البناء بالطين .

المغنى ٣٧٩/٤ ، الكافى ٥٠٧/٤ ، العدة ٦٣١ ، الشرح الكبير ٣١٧/٦ ، الفروع ٥٢١/٦ ، الإنصاف ٣٧٤/١١ ، شرح المنتهى ٥١٩/٣ ، كشاف القناع ٣٨٠/٦ .

٣- أما الحنفية :

فلا يعتبر الاتصال عندهم إلا إن كان اتصال تربيع .

وصورة التربيع فى البناء كما روى عن أبى يوسف أن يكون طرف هذا الحائط الذى وقع فيه المنازعة متداخلة بحائط إحدى الدارين سواء كان مربعاً أو غير مربع بعد أن كان طرفاه المتداخلان فى بناء أحدهما .

وفى مجمع الأنهر ٢٨٢/٢ (اتصال التربيع : اتصال جدار بجدار بحيث يتداخل لبنات هذا الجدار فى لبنات ذلك ، وإنما سمى اتصال التربيع لأنهما يبنيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع ، وإن كان الجدار من خشب فالتربيع : أن يكون ساج أحدهما مركبا فى الآخر .

وأما إذا ثقب وأدخل فلا يكون مربعاً ؛ فلا عبرة به ، ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة..) .

انظر : مختصر الطحاوى ٩٩ ، الهداية ١٩٤/٣ ، معين الحكام ١٦٣ ، بدائع الصنائع ٣٩٩٨/٨ ، تبيين الحقائق ٣٢٦/٤ ، مجمع الأنهر ٢٨٢/٢ ، الفتاوى الهندية ٩٧/٤.

وعند المالكية يغلب جانب العرف والعادة فمن شهد له العرف بأنه متصل حكم به كما سيأتى ص١٠٨، ١٠٧.

وهذا خطأ .

لأن اتصاله ببعض حدود الدار مما لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء ؛ [كما أن اتصاله بجميع الحدود تربيعاً لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء] (١) فوجب أن يكون الحكم فيهما على سواء.

فأما إن كان على الحائط لأحدهما أزج(٢) مبنى أو قبة نظر فى الحائط :

فإن كان قد بني من أساسه متعرجا على/ ما جرت به عادة بعض القباب والأزاج - فهذا اتصال،

ب ٨١

لأن هذا التعرج لا يمكن إحداثه(٣) بعد كمال البنيان .

وإن لم يكن بناء الحائط متعرجاً فالأزج المبنى عليه والقبة لا يكون متصلاً بالحائط كله .

لأن إحداث مثل الأزج والقبة على الحائط بعد كمال بنيانه ممكن ؛ فصار كالأجذاع .

لكن ما كان من أعلى الحائط خارجاً عن(٤) تعريج القبة والأزج [فهو لصاحب القبة والأزج](٥) وما انحدر عنه من انتصاب الحائط فى حكم المنفصل غير المتصل .(٦)

١- سقط من : أ .

٢- الأزج : بيت يبنى طولاً ، أو سقف والجمع آزج وأزاج مثل سبب وأسباب .
الصحاح ٢٩٨/١ اللسان ٣٠/٣ ، القاموس ٢٢٩ ، المصباح المنير ١٣ ، تصحيح التنبية ١٥٨ .

٣- فى ب و جـ و د : إحداث مثله .

٤- فى ب و جـ و د : من .

٥- سقط من : أ .

٦- المهذب ٣١٦/٢ ، التنبيه ١٥٨ ، حلية العلماء ٢٥/٥ ، أدب القضاء ٣٤٥/٢ ، الروضة ٢٢٥/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٢/٢، نهاية المحتاج ٤١٦/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٩/٢ .
وفى الحلية وأدب القضاء (وأصحابنا أطلقوا فى أن الحائط لصاحب الأزج والقبة من غير اعتبار ما ذكره- يعنى المصنف- من التفصيل).
وهكذا أشار غير هما مثل الرملي فى نهاية المحتاج ، وقد صرح الشيرازي فى المهذب والتنبيه أن القول قول صاحب الأزج - ولم يفصّل .

وأما إن كان الحائط المتنازع فيه ينتهى طولا إلى أن يتجاوز ملك أحدهما ولا يتجاوز ملك الآخر - مثل أن يكون طول الحائط عشرين ذراعاً وعرصة[١] أحدهما عشرة أذرع ، وعرصة[٢] الآخر عشرون[٣] ذراعاً - فيتنازعان[٤] فى الحائط ما كان بين عرصتيهما[٥] معاً دون القدر المجاوز - فقد اختلف أصحابنا :

هل يكون هذا فى حكم المتصل أو المنفصل .

على وجهين[٦] :

أحدهما : يكون فى حكم المتصل .

لأن ما اتصل بعرضه من بناء أحدهما مثل ما اتصل بطوله .

والوجه الثانى :[٧] لا يكون متصلاً - ويكون فى حكم المنفصل - .

لأن اتصال العرض لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء .

[واتصال الطول يمكن إحداثه بعد كمال البناء][٨] .

فإذا ثبت أن الاتصال ما ذكرنا - وكان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر- فهو لمن اتصل ببنائه - [بعد أن يحلف][٩] لصاحبه وإنما كان كذلك لأمرين :

١- فى د : وعرضه عشرة أذرع .

٢- فى د : وعرض الآخر .

٣- فى ب و جـ و د : عشرين .

٤- فى ب و د : فيتنازعا .

٥- العرصة بإسكان الراء : كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها شىء من البناء .
المصباح المنير ٤٠٢ ، القاموس المحيط ٨٠٣ ، النظم المستعذب ٣٣٦/١ .

٦- نقل الشاشى المروزى هذا عن المصنف فى حلية العلماء ٢٥/٥ ، وكذلك نقله القاضى ابن أبى الدم فى : أدب القضاء ٣٤٧/٢ .
وانظر المصادر السابقة (ص١٠١ هامش ٦) .

٧- فى ب : أن لا يكون .

٨- سقط من : د .

٩- سقط من : د .

أحدهما: أن اتصاله بماله تصرف فيه ويد ، وصاحب[١] اليد المتصرفة/أحق من غيره - كمن نوزع شيئاً في يده .   ٨٢م

والثاني : أن اتصاله بملكه دليل على تملكه[٢] .

كمن نوزع بناء في أرضه كان لصاحب الأرض [دون][٣] منازعه[٤] .

ثم لزمته اليمين لأن هذا دال على الملك وليس بموجب له ؛

فلزمت فيه اليمين كاليد[٥].

١- في أ : فصاحب ، وفي د : صاحب .

٢- في أ و ب و جـ و د : على ملكه .

٣- سقطت من : د .

٤- المهذب ٣١١/٢ ، التنبيه ١٥٨ ، روضة الطالبين ٢٢٥/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٩/٢ ، مغني المحتاج ١٩٢/٢ نهاية المحتاج ٤١٦/٤ .

٥- يقول العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام ١٢٠/٢ : (اليد عبارة عن القرب والاتصال وللقرب والاتصال مراتب بعضها أقوى من بعض في الدلالة .

أعلاها : ما اشتد اتصاله بالإنسان كثيابه التي هو لابسها ..

الرتبة الثانية : البساط الذي هو جالس عليه أو البغل الذي هو راكب عليها ..

الرتبة الثالثة : الدابة التي هو سائقها أو قائدها فإن يده في ذلك أضعف من يد راكبها .

الرتبة الرابعة : الدار التي هو ساكنها ، ودلالتها دون دلالة الراكب والسائق والقائد لأنه غير مستول على جميعها .

وتقدم أقوى اليدين على أضعفهما ...)

أ- فصل* (إذا كان الجدار المتنازع فيه متصلا ببناء الجارين أو منفصلا عن بنائهما) :

فأما إذا كان متصلاً ببنائهما ، أو منفصلاً عن بنائهما [فهما][١] فيه سواء ، ويتحالفان [عليه][٢].

وهل يكون الحاكم مخيراً فى الابتداءبإحلاف أيهما شاء أو يقرع بينهما ؟

على وجهين :[٣].

أحدهما : يكون مخيراً ؛ لا ستوائهما .

والثانى : يقرع بينهما ؛ لا نتفاء التهمة عنه .

وفى قدر ما يحلف كل واحد منهما عليه وجهان[٤]:

أحدهما - وهو قول البغداديين[٥]- : أنه يحلف على نصفه .

لأنه يحلف على ما يصير إليه بيمينه - والذى يصير إلى كل واحد منهما النصف - .

والوجه الثانى - وهو قول جمهور أصحابنا - : أنه يحلف على جميعه .

لأنه يحلف على ما يدعيه - وهو يدعى جميعه .

---

* أكثر هذا الفصل منقول فى حلية العلماء ٥/٢٤ - عن المصنف .

١- سقطت من : ب .

٢- فى أ : فيه ، وسقطت من : د .

٣-المهذب ١/٢٩٣ حلية العلماء ٥/٢٣ فتح العزيز ١٠/٣٣٢ ، روضة الطالبين ٣/٥٨١ ، مغنى المحتاج ٢/٩٥،٩٦ ، وقال النووى (وجهان أصحهما : يتخير الحاكم فيبدأ بمن اتفق ، والثانى : يقرع بينهما) .

٤- حلية العلماء ٥/٢٤ ، فتح العزيز ١٠/٣٣٢ ، روضة الطالبين ٤/٢٢٦ ، أسنى المطالب ٢/٢٢٩ ، مغني المحتاج ٢/١٩٢، نهاية المحتاج ٤/١١٧ - وصحح النووى فى الروضة الوجه الأول فيحلف على النصف الذى يحصل له فقط .

٥- يقول تاج الدين السبكى فى الطبقات الكبرى ١/٣٢٤ : واعلم أن أصحابنا فرق تفرقوا بتفرق البلاد . فمنهم أصحابنا بالعراق كبغداد وما والاها ..) ثم ذكر عدداً من تلك الفرق ، وقد ذكر والده تقى الدين عدداً من العراقيين فى مقدمة تكملته للمجموع ١٠/٥ منهم:أبو حامد الإسفرايينى ، المحاملى ، الطبرى ، الماوردى ، ابن خيران ، الرويانى ..

ثم على كلا الوجهين : لابد أن يتضمن بيمينه النفي والإثبات .
لأنه ينفي ملك غيره ويثبت ملك نفسه .
ولكن اختلف أصحابنا :
هل يحتاج إلى يمين واحدة للنفي والإثبات ، أو [يحتاج](١) إلى يمينين - أحدهما للنفى والأخرى للإثبات ؟
[على وجهين : (٢)
أحدهما : أنه يحلف يمينا واحدة تتضمن النفى والإثبات.(٣)]
لأنه أفصل للقضاء وأبتّ (٤) للحكم .
والوجه الثانى - وهو قول أبي العباس بن سريج ، وأبى على بن خيران ، وطائفة -/: أنه يحلف يمينين - أحدهما للنفى لأنه منكر بها ، والثانية(٥) للإثبات لأنه مدع بها .
فإذا ثبت ما وصفنا لم يخل حالهما من ثلاثة أحوال :
إما أن يحلفا معاً ؛ فيجعل الحائط بينهما - بأيمانهما .
أو ينكلا معاً ؛ فيمنعان من التخاصم ، ولا يحكم لواحد منهما بملك شيء منه(٦)، ويكون الحائط موقوفا على ما كان عليه قبل(٧).
أو يحلف أحدهما وينكل الآخر فيحكم [به](٨) للحالف منهما دون الناكل .

ب ٨٢

١- ليست فى : ب و جـ و د .
٢- المهذب ٢٩٣/١ ، حلية العلماء ٢٤/٥ ، روضة الطالبين ٥٨٢/٣ ، ٥٣/١٢ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ٣١٨/٢ ، أسنى المطالب ٢٢٩/٢ ، مغني المحتاج ١٩٢/٢ ، نهاية المحتاج ١١٧/٤ - وصحح النووى فى الروضة الأول فقال : (المذهب وظاهر النص : الاكتفاء بيمين واحدة تجمع النفي والإثبات).
٣- سقط من : د .
٤- فى أ و ب و جـ و م : أثبت .
٥- فى أ : والثانى .
٦- فى أ و ب و د : منهما ، وفى جـ : منها .
٧- الذى وجدته فى أكثر المصادر أنه بينهما إذا حلفا معاً أو نكلا بظاهر اليد - أما المصنف ففرق بينهما .انظر : المهذب ٣١٦/٢ ، التنبيه ١٥٨ ، حلية العلماء ٢٣/٥ ، فتح العزيز ٣٣٢/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٥/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٩/٢ .
٨- ليست فى : أ .

وهكذا لو حلف أحدهما يمينين - على أحد الوجهين[١]- وحلف الآخر يمينا واحدة .

حكم به للحالف يمينين ، وكان الحالف يمينا واحدة بمثابة الناكل ؛ لأن يمينه لم تكمل .

فلو أقام [الناكل][٢] بينة كان أحق ببينته من يمين صاحبه[٣].

١٤ مسألة : **(أشياء فى الجدار لا تدل على الملك عند التنازع فيه)**

قال الشافعى - رحمه الله تعالى - : (ولا أنظر إلى من إليه الخوارج والدواخل ولا أنصاف اللبن ولا معاقد القمط .

لأنه ليس شىء من هذا دلالة) .[٤]

وهذا صحيح .

والدواخل هى وجوه الحيطان .

والخوارج هى ظهور [الحيطان][٥]

وأنصاف اللبن فيه تأويلان - حكاهما ابن أبى هريرة -[٦]

أحدهما : أن تكون كسور أنصاف اللبن إلى أحدهما ، والصحاح منها إلى الآخر .

١- السابقين ص ١٠٥.

٢- سقطت من : جـ .

٣- المصادر السابقة .

٤- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٣/ ٢٣٠ .

٥- سقطت من : د ، وفى ب و جـ : هى ظهورها .

٦- انظر : أدب القضاء لابن أبى الدم ٣٤٧/٢ ، ٣٤٨ تهذيب الأسماء مج ٣ /جـ ٢ ق ١٠٣/٢ . فتح العزيز ٣٣٣/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٦/٢ وفيهما : (.. قال المفسرون لكلامه (يعنى الشافعى) : المراد بالخوارج : الصُّور ، والكتابة المتخذة فى ظاهر الجدار وبالدواخل : الطاقات والمحاريب في باطن الجدار.

وبأنصاف اللبن : أن يكون الجدار من لبنات مقطعة ، فتجعل الأطراف الصحاح إلى جانب ؛ ومواضع الكسر إلى جانب .

ومعاقد القمط : تكون فى الجدار المتخذ من قصب أو حصير ونحوهما ، وأغلب ما يكون ذلك فى الستر بين السطوح ؛ فيشدّ بحبال أو خيوط - وربما جعل عليها خشبة معترضة ، فيكون العقد من جانب والوجه المستوى من جانب) .

والثاني : أنه إفريز [١] يخرجه البنّاء فى أعلى الحائط نحو نصف لبنة ؛ ليكون وقاية للحائط من المطر وغيره .

وأما معاقد القمط [٢] : فيكون فى الأخصاص .

وهى : عقد الخيوط التى يشدّ [بها][٣] الخصّ .

لأن القمط جمع قماط ؛ وهو : الخيط .[٢]

٨٣ أ

فإذا تنازع جاران حائطاً بينهما وكان [إلى] [٤] أحدهما الدواخل/وأنصاف اللبن : لم يكن ذلك دليلاً على ملكه .

وكذلك لو ادعيا خصًا وكان إلى أحدهما [٥] معاقد القمط : لم يكن ذلك دالاً على ملكه .

وهو قول أبى حنيفة .[٦]

١- الإفريز : الطُّنُفُ معرّب ، ما أشرف خارجاً عن البناء ، فهو ما يبرز عن جدران العمائر أو المبانى فى هيئة أفقية .

الصحاح ٧٨٧/٢ لسان العرب ٢٥٨/٧ ، القاموس ٦٦٩ ، ١٠٧٧ ، المعجم الوسيط ٦٨٠/٢.

٢- القُمْط والقِمْط - بضم القاف وكسرها وإسكان الميم - ما تشدّ به الأخصاص ، وهو ما يعمل من ليف وخوص . والأخصاص جمع خُصّ وهو البيت الذى يعمل من القصب والشجر ، وقد مرّ توضيح النووى لذلك قريباً .

وانظر : لسان العرب ١٦١/٩ ، ٢٩٢/٨ ، الصحاح ٢٩٨/١ ، ١٠٣٧/٣ تهذيب الأسماء مج ٣ ج ٢ ق ٢ /١٠٣ ، المصباح المنير ١٧١ ، ٥١٦ .

٣- سقطت من : أ .

٤- سقطت من : د .

٥- في د : لأحدهما .

٦- مذهب الشافعية أن الخوارج أو الدواخل وأنصاف اللبن ومعاقد القمط فى جدار متنازع فيه بين جارين لا تكون هذه الأشياء دليلاً لمن كانت إليه ومواجهة له .

وهو مذهب أبى حنيفة ، والحنابلة .

وقال صاحبا أبى حنيفة - أبو يوسف ومحمد بن الحسن : تكون هذه الأشياء دلائل على أن الجدار ملك لمن كانت إليه . وهذا مذهب المالكية .

انظر : الأم ٢٣٠/٣، المختصر ٢٠٤ حلية العلماء ٢٥/٥،فتح العزيز ٣٣٣/١٠، روضة الطالبين ٢٢٦/٤ أسنى المطالب ٢٢٩/٢ مغني المحتاج ١٩٢/٢ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ٣١٨/٢ .

والمبسوط ٩٠/١٧ ، بدائع الصنائع ٣٩٩٩/٨ ، مختصر الطحاوى ٣٥٥ ، معين الحكام ١٦٣ ، الفتاوى الهندية ٩٨/٤ ، رد المحتار ٥٧٩/٥ ، مجمع الأنهر ٢٨٣/٢ .

والمغنى ٣٨١/٤ ، الكافى ٥٠٨/٤ ، الشرح الكبير ، ٣١٩/٦ ، الإنصاف ٣٧٥/١١ ، شرح المنتهى ٥٢٠/٣ كشاف القناع ٣٨١/٦ .

ومواهب الجليل ١٥٠/٥ ، ١٥١ قوانين الأحكام ٣٦٩ ، الإشراف للقاضى عبد الوهاب ١٧/٢ ، أسهل المدارك ٥٩/٣ ، تحفة الحكام ٢٦٦/٢ ، الثمر الدواني ٦١٩ .

وجعل أبو يوسف ومحمد [١] هذه دلائل على الملك . [٢]

وهو قول بعض أهل المدينة . [٣]

استدلالاً بما رُوِيَ أن رجلين تنازعا جداراً بينهما فأمر النبى صلى الله عليه وسلم حذيفة [٤] أن يحكم بينهما ، فحكم بالجدار لمن إليه معاقد القمط

١- أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيبانى - أصله من دمشق ، ونشأ بالكوفة . أخذ الحديث عن مالك وحضر مجلس أبى حنيفة ، كما تعلم من أبى يوسف والتقى بالشافعى وناظره . تولى القضاء فى الرقة فى عهد الرشيد فترة .

نشر مذهب أبى حنيفة فى كتب أشهرها : الجامع الكبير ، الجامع الصغير ، الأصل ، السير الكبير ، السير الصغير ، الآثار ، النوادر .. توفى سنة (١٨٩) تسع وثمانين ومائة . هـ رحمه الله تعالى .

انظر : الفوائد البهية ١٦٣ ، الجواهر المضيئة ٤٢/٢ ، تهذيب الأسماء ٨٠/١ ، تاج التراجم ٥٤ ، وفيات الأعيان ٣٢٤/٣ ، شذرات الذهب ٣٢٠/١ .

٢- سبقت مصادر الحنفية قريباً .

٣- قد سبق أن مذهب المالكية الترجيح ، بمعاقد القمط ونحوها - فإن القاعدة عندهم هنا أنه يحكم لمن شهد له العرف ، لأن العرف والعادة أصلان يحكم بهما عند التنازع إذا لم يكن أصل يرجع إليه .

قالوا والعادة أن وجه الجدار إنما يكون من جهة مالكه فتكون وجوه الآجر واللبن والطاقات ومعاقد القمط دليلاً لمن هي إليه . فإن لم تدل أمارة على الاختصاص فهو مشترك - وقد سبقت المصادر قريبا .

ويظهر أن اعتبار العرف والعادة فى مثل هذه المسألة هو قول قوىّ - حيث لم يرد نصّ صحيح يخص المسألة ، ولأن أمور البناء هذه مختلفة باختلاف الزمان والمكان - والله أعلم .

٤- أبو عبد الله حذيفة بن اليمان الصحابى ، أصله من اليمن ، أسلم مع أبيه وهاجرا إلى النبى صلى الله عليه وسلم ، شهدا أحداً وقتل أبوه فيها ، ثم شهد الخندق وما بعدها .

أعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمنافقين فكان صاحب سره ، شهد الفتوحات فى عهد عمر رضي الله عنه ، وفتح بعض البلاد وولاه عمر المدائن حتى توفى سنة (٣٦ هـ) .. ست وثلاثين هجرية رضي الله عنه .

الإصابة ١٣٧/١ ، الاستيعاب ٢٧٧/١ ، تهذيب الأسماء ١٥٣/١ .

فقال النبي صلى الله عليه وسلم : «أصبت» .[١]

قالوا :[٢] ولأن العادة جارية فى بناء الحائط أن يكون وجهه إلى مالكه [وظهره إلى غيره ، ومعاقد الخصّ تكون إلى مالكه .][٣] فوجب أن يحكم بظاهر العادة - كما يحكم[٤] بها فى اتصال البنيان .[٥]

١- رواه ابن ماجه فى سننه ٢/٧٨٥ ك : الأحكام ١٣ ب : من بنى فى حقه ما يضر بجاره ١٧ رقم ٢٣٤٣ من حديث دهثم بن قران عن نمران بن جارية عن أبيه أن قوماً اختصموا ... فذكر نحوه .

ورواه البيهقى فى السنن الكبرى ٦/٦٧ ، ومعرفة السنن والآثار ٨/ ٢٨٠ من حديث دهثم بن قران عن عبد الله بن سعيد الأنصارى عن حذيفة قال : اختصم قوم فى حظائر بينهم فبعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضيت فيهم للذى وجدت معاقد القمط إليه .. الحديث .

ورواه الدار قطنى فى سننه ٤/٢٢٩ ك : الأقضية والأحكام من الطريقين السابقين رقم ٨٨ ، ٨٩ وقال (لم يروه غير دهثم بن قران وهو ضعيف ، وقد اختلف في إسناده) .

وقال البيهقى : تفرد بهذا الحديث دهثم بن قران اليمامى وهو ضعيف واختلفوا عليه فى إسناده) .

قال الحافظ ابن حجر عن دهثم (متروك) .

تقريب التهذيب ١/ ٢٨٥ .

وانظر : ميزان الاعتدال ٢/٢٨ ، الضعفاء المتروكين ١/ ٢٧١ .

٢- فى ب : فقالوا .

٣- سقط من : د .

٤- فى أ : كما حكم .

٥- بدائع الصنائع ٨/٣٩٩٩ .

وهذا خطأ .

لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : «البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه» [١].

ولأن هذه أمور قد يقصد بها فى البناء الجمال ؛ فربما أحب الإنسان أن يجعل أجمل بنيانه وأحسنه إلى منزله .

وربما أحب أن يجعله خارجاً فيما يراه الناس . [٢]

١- رواه بهذا اللفظ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده :

الترمذى فى سننه ٦٢٦/٣ كتاب الأحكام ١٣ باب ما جاء فى أن البينة على المدعى ١٢ رقم ١٣٤١ وقال :(هذا حديث فى إسناده مقال ومحمد بن عبد الله العرزمى يضعف فى الحديث من قبل حفظه ..) وفى التقريب ١٠٩/٢ (متروك).

ورواه الدار قطنى فى سننه ٢١٨/٤ كتاب الأقضية والأحكام : المرأة تقتل إذا ارتدت رقم ٥٢ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وفيه (مسلم بن خالد الزنجى) وهو صدوق كثير الأوهام - كما فى التقريب ١٧٨/٢ .

ثم إنهم اختلفوا فى رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده هل تصح أم لا ؟ انظر: فتح المغيث ٦٨/٢ .

ورواه الدار قطنى مرفوعاً أيضا من حديث أبى هريرة رقم ٥١ ، بنحوه وفيه مسلم بن خالد الزنجى - الذى سبق .

ومن حديث عمر رقم ٥٤ ، وفى إسناده ضعف - كما فى التعليق المغنى ٢١٨/٤ ..

ورواه البيهقى فى السنن الكبرى ٢٥٢/١٠ من حديث ابن عباس باللفظ نفسه ، وقال : لم يروه عن سفيان إلا الفريابى .

قال الحافظ عن الفريابى - واسمه : محمد بن يوسف الضبى : (ثقة فاضل يقال أخطأ فى شيء من حديث سفيان ، وهو مقدم فيه - مع ذلك - عندهم على عبد الرزاق) . التقريب ١٥٠/٢ .

والفريابى من شيوخ البخارى كما فى ميزان الاعتدال ٧١/٤ ، تهذيب التهذيب ٥٣٥/٩ .

وأصل الحديث ثابت فى الصحيحين من حديث ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» .

صحيح البخارى ٦٠/٨ كتاب التفسير ٦٥ (تفسير سورة آل عمران) باب قول الله تعالى : « إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً» ٣ رقم (الحديث) ٤٥٥٢ .

وصحيح مسلم ٢٣٣٦/٣ كتاب الأقضية ٣٠ باب : اليمين على المدعى عليه ١ رقم ١٧١١/١ .

٢- المصادر السابقة (ص ١٠٧ هامش ٦) .

فلم يجز مع اختلاف العادة فيه [١] فى سائر الأغراض [بفعله] [٢] أن يجُعل [٣] دالاً على الملك .

كالتزاويق [٤] والنقش لا يكون وجوده من جانب أحدهما دليلاً على ملكه - كذلك ما ذكرناه

فأما الجواب عن الخبر فهو : أنه ضعيف لأن راويه دَهْثَم بن قُرّان [٥] ؛ وهو مرغوب عنه [٦]

فإن صح لم يكن فيه دلالة لأنه لم يجعل معاقد القمط علة فى الحكم ، وإنما جُعل تعريفا لمن حكم له .

ب ٨٣

كما لو قيل : حكم للأسود [٧] - لم يدل على/أن السواد علة للحكم ؛ وإنما [٨] يكون سمة وتعريفا لمن حكم له [٩] .

وأما ادعاؤهم العرف المعتاد فيه : فغير صحيح لما ذكرنا [١٠] من اختلاف الأغراض فيه ، والله أعلم .

١-فى أ و جـ : فيهم

٢- سقطت من : م .

٣- فى أ : أن يجعله .

٤- التزاويق فى السقف ...، والمزوّق المزين زوّقت الكلام والكتاب إذا حَسّنته وقوّمته .
الصحاح ٤/١٤٩٢ ، اللسان ١٢/١٥ ، القاموس ١١٥١ .

٥- فى أ و ب و جـ و د : دهثم بن مروان .

٦- هو دهثم بن قران اليمامى ، قال عنه الإمام أحمد ويحى بن معين ليس بشىء ولا يكتب حديثه ، وقال النسائى : ليس بثقة .
وقال الدار قطنى : ضعيف .
وقال أبو حاتم : كان ينفرد بالمناكير عن المشاهير ، ويروى عن الثقات أشياء لا أصول لها .
انظر : كتاب : المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لابن أبى حاتم ١/٢٩٥ ، الضعفاء المتروكين لابن الجوزي ١/٢٧١ ، وقد مرّ كلام عنه ص ١٠٩.

٧- فى جـ و د : الأسود .

٨- فى أ : وأن يكون .

٩- فى ب و جـ و د و م : لمن وجب له .

١٠- قبل قليل .

١٥ـ مسألة : (الخلاف في كون الجذوع لأحد المتنازعين في الجدار تكون دليلا له) :

قال الشافعي – رحمه الله تعالى – : (ولو كان لأحدهما عليه جذوع ولا شيء [عليه] (١) للآخر أحلفتهما ، وأقررت الجذوع في محالها ، (٢) وجعلت الجدار بينهما نصفين .

لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل (٣) بأمره وغير أمره) . (٤)

وهذا كما قال .

إذا تنازع الجاران حائطاً بينهما ، وكان لأحدهما عليه جذوع :

فهما فيه سواء . (٥)

وقال أبو حنيفة : (٦) صاحب الجذوع أحق به إذا كانت جذوعه ثلاثة فصاعداً . (٧)

فإن كانت أقل من ثلاثة ، أو كان (٨) بدل الجذوع قصبا (٩) (١٠) فهما فيه سواء .

١- سقطت من المختصر

٢- في المختصر و م : بحالها .

٣- في المختصر و م : بجدار الرجل بالجذوع بأمره ..

٤- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٣/ ٢٣٠ .

٥- هذا مذهب الشافعية والحنابلة ؛ فلا يرجح عندهم بوضع الخشب على الجدار :

انظر : الأم ٣/ ٢٣٠ ، المختصر ٢٠٤ ، المهذب ٣١٦/٢ أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٤٤/٢ ، حلية العلماء ٢٦/٥ ، فتح العزيز ٣٣٣/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٦/٤ ، مغني المحتاج ١٩٢/٢، نهاية المحتاج ٤١٧/٤ ،

والمغني لابن قدامة ٣٨١/٤ ، الشرح الكبير ٣١٨/٦ ، الكافي ٥٠٧/٤ - ٥٠٨ ، الإنصاف ٣٧٥/١١ ، شرح المنتهى ٣/ ٥٢٠ ، كشاف القناع ٦/ ٣٨١ .

٦- وقاله صاحباه كذلك .

المبسوط ٨٧/١٧ ، مختصر الطحاوي ٣٥٤ ، بدائع الصنائع ٣٩٩٦/٨ الهداية ٣/ ١٩٤ ، تبيين الحقائق ٣٢٥/٤ ، فتح القدير ٢٨٤/٨ ، معين الحكام ١٦٣ ، مجمع الأنهر ٢/ ٢٨٢ ، رد المحتار ٥٧٩/٥ ، الفتاوى الهندية ٩٨/٤ .

٧- ومذهب المالكية هو الترجيح بوضع الأجذاع على الجدار المتنازع فيه سواء كانت قليلة أو كثيرة . عملاً بالعرف .

الإشراف ١٨/٢ ، قوانين الأحكام ٣٦٩ ، أسهل المدارك ٥٩/٣ ، مواهب الجليل ١٥١/٥ .

٨- في أ و ب و جـ و م : وكان .

٩- في م : وكان بدل الجذوع متصلاً فيهما فيه سواء .

١٠- القصب : كل نبات يكون ساقه أنابيب وكعوبا ومنه صلب غليظ تسقف به البيوت .

القاموس المحيط ١٦٠ ، المصباح المنير ٥٠٤ .

استدلالاً بأن وضع الجذوع أوكد من اتصال البناء .

لأن [وضع] [١] الجذوع يثبت يداً وارتفاقاً ، واتصال البناء يثبت أحدهما - وهو الارتفاق دون اليد .

فلما كان اتصال البناء دالاً [٢] على الملك كان وضع الجذوع أولى بأن [٣] يدل على الملك.[٤]

ولأن وضع الجذوع تصرف فى الملك فوجب أن يكون دالاً على الملك كالأزج والقبة .

ولأن وضع الجذوع هو تركيب على الحائطين يجرى مجرى ركوب الدابة ؛ وقد ثبت أن دابة لو تنازعها [٥] راكبها وآخذ [٦] بلجامها كان راكبها أحق بها ممن هو آخذ بلجامها .[٧]

فكذلك الحائط إذا تنازعه صاحب الجذوع وغيره كان صاحب الجذوع أحق .[٨]

١- ليست فى : أ

٢- فى م : البناء إلا على !

٣- فى ب و جـ و د : أن .

٤- مصادر الحنفية السابقة وفى الهداية ١٩٥/٣ (ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال فالأول أولى ، ويروى أن الثانى أولى .

وجه الأول : أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد ، والتصرف أقوى .

ووجه الثانى : أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ..) .

وفى مجمع الأنهر ١٨٣/٢ : الأيدى على الحائط على ثلاث مراتب :

اتصال تربيع ، واتصال ملازقة ومجاورة ، ووضع جذوع ومحاذاة بناء .

وانظر العناية مع فتح القدير ٢٨٨/٨

٥- فى أ و جـ : لو تنازعا .

٦- فى د : وآخر .

٧- ستأتى هذه المسألة ص ١١٥.

٨- المبسوط ٨٨/١٧ ، الإشراف - للقاضي عبد الوهاب - ١٨/٢ .

P ٨٤

والدلالة على/صحة ما ذهبنا إليه هو :

أن كل مالم يكن قليله دالاً على الملك لم يكن كثيرة دالاً على الملك كالقصب والرفوف .[١]

ولأن ما أمكن إحداثه بعد كمال البناء لم يكن دالاً على ذلك البناء - كالجصّ والنقش .[٢]

ولأنه لو كان بين صاحب الأجذاع والحائط طريق نافذة كالساباط لم يكن وضع أجذاعه فيه دليلا على ملكه [له- كذلك][٣] إذا اتصل بملكه - لأن وضع الجذوع لو كان يداً لاستوى الأمران[٤] فى الاتصال بالملك والانفصال عنه .

ولأن وضع الأجذاع فى الحائط قد يكون بالملك تارة[٥] وبالإذن تارة ، وبالحكم - على ما نذكره[٦] - تارة . فلم يجز مع اختلاف أسبابه أن يكون مقصوراً على أحدها[٧] فى الاستدلال به على الملك .[٨]

فأما الجواب عن استدلاله باتصال البنيان فهو :

أن ذلك مما لا يمكن حدوثه بعد كمال البنيان ؛ فجاز أن يدل على الملك لاقترانه[٩] به - [وليس كذلك الجذوع .

وبمثله يكون الجواب][١٠] عن الأزج والقبة - إن كان مما لا يمكن حدوث مثله بعد البناء .

١- الرُّفوف جمع رفّ بالفتح وهو شبه الطاق يجعل عليه طرائف البيت ، أو هو خشب يرفع عن الأرض إلى جنب الجدار يوقى به ما يوضع عليه ، ويجمع أيضا على : رفاف .
الصحاح ١٣٦٦/٤ ، اللسان ٢٥/١١ ، القاموس ١٠٥٢ ، المصباح ٢٣٣ .

٢- الجَصّ : بفتح الجيم وكسرها : الذى يطلى به ، ويبنى به ، ويقال : القص - وجصّص الحائط إذا طلاه بالجص .
الصحاح ١٠٣٢/٣ ، اللسان ٢٧٥/٨ ، القاموس ٧٩٢ .
أما نقش الشيء فهو تلوينه بلونين ، أو ألوان - القاموس ٧٨٤ .

٣- سقط من : د .

٤- فى د : الإقرار .

٥- فى د : قد يكون فى الأجذاع تارة ..

٦- سيأتى ص ١١٧.

٧- فى جـ : أحدهما .

٨- المهذب ٣١٦/٢ ، فتح العزيز ٣٣٣/١٠ ، المغنى لابن قدامة ٣٨١/٤ ، كشاف القناع ٦ / ٣٨١ .

٩- فى أ : لإقراره له ، وفى م: لافتراقه به .

١٠- سقط من : جـ .

وأما الجواب عما استدلوا به من راكب الدابة وقائدها :

فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين : [(١)]

أحدهما – وهو قول أبي إسحاق المروزى : أنهما فى الدابة سواء – تكون بينهما نصفين .

فعلى هذا يسقط الاستدلال به .

والوجه الثانى : أن الراكب أحق بها من الآخذ بلجامها .

والفرق بين ذلك وبين وضع الجذوع وتركيبها على الحائط من وجهين :

أحدهما : إن الإجماع مانع من ركوب دابّة الإنسان إلا بإذنه[(٢)]

فجاز أن يكون ركوبها دليلاً على ملكه ./ ٨٤ ب

والخلاف منتشر فى أن للإنسان أن يضع جذوعه جبراً فى حائط غيره . [(٣)]

فلم يكن وضعها دليلاً على ملكه .

والثانى : أن الركوب لما كان تصرفاً لا يختلف حكمه بين وجوده فى الملك وغير الملك جاز أن يكون دليلاً على الملك . ولما كان وضع أجذاع الساباط الذى لا يتصل بالملك لا يدل [(٤)] على الملك [لم يكن وضع الأجذاع دالاً على الملك .] [(٥)] [(٦)]

١- المهذب ٣١٧/٢ ، التنبيه ١٥٨ ، فتح العزيز ٣٣٤/١٠ وصحح الشيرازى الثانى فيحلف الراكب ويقضى له .

٢- وإلا كان غصباً و نحوه.قال النووى فى المنهاج : فلو ركب دابة أو جلس على فراش فغاصب.
مغنى المحتاج ٢٧٥/٢ ، وانظر : مراتب الإجماع لابن حزم ٦٧ ، المغنى لابن قدامة ١٧٧/٥ . سبل السلام ٦٧/٣

٣- ستأتى هذه المسألة ص ١١٧..

٤- فى أ : يدل .

٥- سقط من : د .

٦- أراد المصنف بهذا إثبات الفارق بين ركوب الدابة – فهو دليل للراكب مطلقا في ملكه وغير ملكه – وبين وضع الأجذاع فليس دليلاً إذا كان على ساباط – كما سبق ص١١٤– فكذلك لا يكون دليلاً إذا كان على الجدار .

فإذا تقرر أن وضع الجذوع لا يدل على الملك فإنهما يتحالفان ، ويجعل بينهما ، وتقرّ الجذوع على ما كانت عليه . [١] لأنه [٢] يجوز أن يكون وضعها بحق - وإن لم يملك الحائط . [٣]

أ- فصل : (**بعض الصور التي يقع فيها نزاع بين الجيران - وحكم كل منها**) :

فأما إذا [٤] تنازعا حائطاً في عرصة هي لأحدهما فإنه يكون لصاحب العرصة ؛ لأن يده عليه[٥] .

وهكذا لو تنازعا علو حائط أسفله لأحدهما كان لصاحب السفل مع يمينه ، لما ذكرنا من ثبوت اليد .

ولكن لو تنازعا عرصة حائط هو لأحدهما ففيه وجهان لأصحابنا : [٦]

[أحدهما] : [٧] أنها تكون لصاحب الحائط ؛ لأن تصرفه فيها أظهر .

والوجه الثاني : أنهما فيها سواء ؛ كوضع الجذوع .

وهذان الوجهان : من اختلاف أصحابنا فيمن أقر لرجل بحائط : هل يدخل [قراره [٨] في إقراره ؟

أو باع حائطاً : هل [يدخل] [٩] قراره[٨] في بيعه ؟ .

على وجهين ؛[١٠]

١- سبقت مصادر الشافعية ص ١١٢.

٢- فى أ و د : لأنه قد يجوز .

٣- المهذب ٣١٦/٢ ، فتح العزيز ٣٣٣/١٠ ، الروضة ٢٢٦/٤ .

٤- فى أ : فإذا تنازعا .

٥- الفتح ٣٣٢/١٠ ، الروضة ٢٢٥/٤ .

٦- انظر المهذب ٣١٧/٢ ، فتح العزيز ٣٣٤/١٠ ، الروضة ٢٢٧/٤ ، ما يأتى ص١٨٢.

٧- سقطت من : د .

٨- في د : (إقراره) - وقرار الحائط هو : مكانه وموضعه (عرصته) - كما ذكر المصنف أعلاه .

٩- سقطت من : د .

١٠- انظر المهذب ٢٧٨/١ ، الروضة ٥٣٨/٣ ، ٣٨٢/٤ ، مغنى المحتاج ٨١/٢ .

ب- فصل : (الخلاف فى و ضع الجار أجذاعه فى جدار جاره جبرا) :

فأما قول الشافعى : (لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بأمره وغير أمره) :[١]

فقد روى فى القديم حديثاً عن أبي هريرة - رضي الله عنه[٢] أن رسول اللهٰ صلى الله عليه وسلم/قال : « لا يمنع جار جاره أن يضع خشبهُ فى جداره » .

٨٥ أ

قال أبو هريرة : (مالي أراكم عنها معرضين ؟!

والله لأرمين بها بين أكتافكم) .[٣]

وكان مذهبه فى القديم : أن للجار أن يضع أجذاعه فى جدار جاره جبراً - بأمره وغير أمره - .[٤]

١- الأم ٣/٢٣٠ ، المختصر ٢٠٤

٢- مسند الإمام الشافعى - مع الأم -٨/٢٥٨

٣- صحيح البخارى : كتاب المظالم ٤٦ بـاب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبةً فى جداره ٢٠ رقم ٢٤٦٣ جـ٥ / ١١٠ .

صحيح مسلم : كتاب المساقاة ٢٢ باب غرز الخشب فى جدار الجار ٢٩ رقم ١٦٠٩/٣٦حـ ٣/١٢٣٠

موطأ مالك : كتاب الأقضية باب : القضاء فى المرفق ٢/٢١٨ .

٤- إذا أراد الجار أن يضع خشبه على جدار جاره جبراً من غير إذن ففى ذلك خلاف بين العلماء :

فمذهب الشافعى فيه قولان كما ذكر المصنف - أظهرهما الجديد - :

ففى القديم أن للجار أن يضع أجذاعه فى جدار جاره جبراً ، وهذا قول الحنابلة إذا كان الجار مضطراً إلى ذلك بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به ولم يتضرر حائط جاره .

وفى الجديد : ليس للجار ذلك وهو مذهب الحنفية والمالكية لكن يستحب له ألا يمنعه

وقد أشار المصنف إلى الحجج التى يستدل بها الفريقان .

الأم ٣/٢٣٠ ، المختصر ٢٠٤ ، المهذب ١/٣٣٥ ، التنبيه ٧٣ فتح العزيز ١٠/٣١٥ روضة الطالبين ٤/٢١٢ ، حلية العلماء ٥/١٥ مغنى المحتاج ٢/١٨٧ ، أسنى المطالب ٢/٢٢٣ ، نهاية المحتاج ٤/٤٠٥

والمغنى لابن قدامة ٤/٣٧٦ ، الكافى ٢/٢١٢ ، الشرح الكبير ٣/٢٠ ، الانصاف ٥/٢٦٢ ، التنقيح ٢٠٢ شرح المنتهى ٢/٢٧١ ، كشاف القناع ٣/٣٩٩ .

والمبسوط ١٧/٩١ تبيين الحقائق ٤/١٩٤ ، البحر الرائق ٧/٢٩ ، فتح القدير وبهامشه العناية ٧/٣٢١ ، مجمع الأنهر ٢/١٧٥ .

والكافي في فقه أهل المدينة ٢/٩٤٢ ، قوانين الأحكام ٣٦٨ ،مواهب الجليل ٥/١٧٤ ، الخرشي ٦/٦٢، جواهر الإكليل ٢/١٢٣ ، حاشية الدسوقى ٣/٣٧١ ، أحكام الأحكام لابن دقيق العيد ٣/٢٢٥ .

ويه قال مالك [١] ؛ تعلقاً بهذا الحديث [٢] .

ثم رجع عنه فى الجديد [٣] وقال : ليس له أن يضع أجذاعه فى جدار جاره إلا بأمره .

[كما ليس له أن يتصرف فى غير ذلك من الأملاك التى لجاره إلا بأمره] . [٤]

ولأن الشريك فى الملك أقوى من جار الملك ؛ وليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف فالجار أولى .

وهذا قول أبى حنيفة . [٥]

١- المشهور من مذهب مالك عدم الإجبار ، وممن قال بالإجبار فى هذه المسألة من المالكية : ابن حبيب .
وقد مرت مصادر المالكية آنفا .

٢- ولأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به - أشبه الاستناد إليه والاستظلال به .
كما استدل من أجبر الجار هنا بخبر محمد بن مسلمة والضحاك بن خليفة عندما أجبر عمر رضى الله عنه محمد بن مسلمه رضي الله عنه بالسماح للضحاك أن يسوق خليجاله فيمر به فى أرض محمدابن مسلمة وسيأتى ص١٤٦ - فعدى عمر الأمر إلى كل ما يحتاج الجار إلى الانتفاع به من دار جاره وأرضه -
المغنى لابن قدامة ٣٧٦/٤ ، فتح البارى ١٣٣/٥ ، سبل السلام ٦٦/٣ .

٣- قال الشربينى فى مغنى المحتاج : ١٨٧/٢ :
(قد يقتضى التعبير بالجديد أن مقابله قديم محض ، وليس مراداً بل هو منصوص عليه فى الجديد أيضا - حكاه البويطى عن الشافعى ، وهو من رواة الجديد . وظاهره أن القول القديم مطلق وليس مراداً بل له شروط :
أن لا يحتاج المالك إلى وضع جذوعه عليه .
وأن لا يزيد الجار فى ارتفاع الجدار .
وأن لا يبنى عليه أزجاً .
وأن لا يضع عليه مالا يحمله الجدار ولا يضرّ به .
وألا يملك الجار شيئاً من جدار البقعة التى يريد تسقيفها . وأن لا يملك إلا جداراً واحداً ..) .
وانظر هذه الشروط أيضا فى : فتح العزيز ٣١٥/١٠ ، الروضة ٢١٢/٤ ، فتح البارى ١٣٣/٥ ، نهاية المحتاج ٤٠٥/٤ .

٤- سقط من : د .

٥- سبقت مصادر الحنفية قريباً .

فعلى هذا يكون حديث أبى هريرة محمولاً على أحد وجهين : [١]

أحدهما : أنه يحمل على الاستحباب والندب - لاعلى الوجوب والحتم .

والثانى : أنه محمول على [أن] [٢] الجار ليس له منع صاحب الحائط من وضع أجذاعه على حائطه [٣] ، وإن كان مضراً بالجار فى منع ضوء أو إشراف .

ليكون موافقاً للأصول .[٤]

فإن قيل : لم قال الشافعى فى القديم : [٥] (لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بأمره وغير أمره) : [٦] وهو فى الجديد لا يقول به ؟

قلنا فيه تأويلان :

أحدهما : (بأمره) يعنى : مجاهراً ، و (بغير أمره) يعنى : مساتراً . [٧]

١- انظر : فتح البارى ١٣٣/٥ ، أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ٢٢٤/٣ .. المهذب ٣٣٥/١ ، أسنى المطالب ٢٢٣/٢ ، مغنى المحتاج ١٨٧/٢ .

٢- سقطت من : م .

٣- فالضمير راجع إلى صاحب الجدار والأجذاع فلا يحق للجار أن يمنع جاره من وضع خشبه على جدار نفسه وإن تضرر الجار بعمله لكونه يمنع عنه الضوء أو الإشراف ... لأن صاحب الجدار متصرف فى ملكه - قال الحافظ فى الفتح ١٣٣/٥ : (ولا يخفى بعده) .

٤- يعنى النصوص التى تدل على تحريم مال المسلم إلا برضاه مثل :
قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » وسيأتى ص١٤٩
وحديث «لا ضرر ولا ضرار» وسيأتى ص ١٤٥ ونحو ذلك من النصوص .
وأجيب عن حديث «لاضرر» بأن المجبرين للجار يشترطون ألا يكون عليه ضرر .
أما النصوص الأخرى فهى عمومات مخصوصة بحديث أبى هريرة ، لا سيما وقد حمله الراوى على ظاهره وهو أعلم بالمراد بما حدّث به .
انظر : أحكام الأحكام ٢٢٥/٣ ، فتح البارى ١٣٣/٥ .

٥- فى ب و جـ و د : فى الجديد .

٦- الأم ٢٣٠/٣ ، المختصر ٢٠٤ .

٧- فى م : ساتراً .

والثاني : (بأمره) يعني : باختياره ، و (بغير أمره) يعني : بإجبار [١] من يرى ذلك من القضاة والحكام .

فإذا تقرر ما ذكرنا : فإن قلنا بوجوب ذلك عليه - على مذهبه في القديم - لم يكن له منع جاره من وضع أجذاعه/ في جداره ، وكان للجار أن يضع في الجدار ما احتمله من الأجذاع .

٨٥ب

ولو صالحه من وضع الأجذاع على عوض لم يجز ؛ لوجوب ذلك عليه .

ومن وجب عليه حق لم يجزأن يعتاض عليه .

ولو انهدم الحائط لم يلزم مالكه أن يبنيه إلا باختياره . فإن بناه كان للجار [أن يعيد] [٢] أجذاعه فيه . [٣]

ولو أراد الجار بناء الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه كان له ذلك ؛ ليصل إلى حقه من وضع أجذاعه فيه .

وإن قلنا بقوله في الجديد - إن ذلك ليس بواجب - وهو القول الصحيح :

فليس للجار أن يضع أجذاعه في الجدار إلا بإذن مالكه واختياره . [٤]

ويجوز للمالك أن يأذن له فيه بعوض وغير عوض ؛ لأن مالا يملك عليه يجوز أن يعاوض عليه إذا كان معلوما .

فإن أذن له بغير عوض كانت عارية ؛ وجاز أن [٥] لا يشترط عدد الأجذاع .

ولا يمنع الجهل بطولها وموضع تركيبها . [٦]

لأن الجهل بمنافع العارية لا يمنع من صحتها .

١- في جـ : باختيار ، وفي د : بإخبار .

٢- سقط من : جـ .

٣- في أ : منه .

٤- المهذب ٣٦٥/١ ، حلية العلماء ١٦/٥ ، الروضة ٢١٣/٤ ، مغني المحتاج ١٨٧/٢ .

٥- في أ و د : أن يشترط .

٦- في ب و جـ و م : ولا يعلم طولها ولا موضع تركيبها .

ثم ليس له أن يرجع فى العارية ما بقى الحائط ؛ [١] لأن وضع [٢] الأجذاع يراد للاستدامه ؛ فكان إطلاق الإذن محمولاً عليه - كمن أعار أرضه لدفن ميت [٣] ؛ لم يكن له الرجوع فى عاريته وإخراج الميت منها بعد دفنه . [٤]

ولكن لو انهدم الحائط وأعاده مالكه : فهل لصاحب الأجذاع أن يعيد وضعها فيه بالإذن المتقدم ، أم لا ؟

فيه وجهان : [٥]

أحدهما : له ذلك .

لأنه صار مستحقا على التأبيد [٦] - كما لو كان الأول باقيا .

والوجه الثانى - وهو أصح : ليس له ذلك إلا بإذن/ مستحدث .

لأن حكم العارية قد انقطع بانهدام [٧] الحائط . ولأنه إنما [٨] استحق تأبيد ذلك لما فى نزعها من الإضرار [به][٩] ، وقد لحقه ذلك [بانهدامه] .[١٠]

١- يقول النووى فى المنهاج (فلو رضى بلا عوض فهو إعارة ، وله الرجوع قبل البناء عليه ، وكذا بعده فى الأصح ، وفائدة الرجوع : تخييره بين أن يبقيه بأجرة ، أو يقلع ويغرم أرش نقصه . وقيل فائدته طلب الأجرة فقط) .

انظر المهذب ٣٦٥/١ ، فتح العزيز ٣١٦/١٠ ، روضة الطالبين ٢١٢/٤ ، ٤٣٧/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٧/٢ ، نهاية المحتاج ٤٠٥/٤

٢- فى م : موضع .

٣- فى ب : ميته .

٤- انظر ص ١٢٢.

٥- المهذب ٣٦٥/١ ، حلية العلماء ١٦/٥ ، فتح العزيز ٣١٧/١٠ ، روضة الطالبين ٢١٣/٤ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ٣١٥/٢ ، حواشى تحفة المحتاج ٢١٢/٥ .

وصحح النووى فى الروضة ما صححه المصنف وهو أنه لا يملك إعادتها بغير إذن جديد .

٦- فى م : التأييد .

٧- فى أ : بهدم .

٨- فى ب : لما .

٩- سقطت من : أ .

١٠- سقطت من : د ، وفى جـ : بانهدامها .

ولكن لو أعار أرضاً لدفن ميت فنبشه سبع أعيد دفنه فيها من غير إذن مستحدث - وجهاً واحدا .[(١)]

ولو أكله السبع [(٢)] لم يجز أن يدفن غيره فيها إلا بإذن جديد . لذهاب من كان مستحقا لمنفعة العارية .

ولو كان قد أذن فى وضع جذع [(٣)] فى حائطه [(٤)] فانكسر الجذع [(٥)] كان له إعادة [(٦)] غيره.[(٧)]
والفرق بينه وبين الميت :
أن المنع من الرجوع فى عارية القبر لحرمة الميت ، فإذا أكله السبع انقضت حرمته عن المكان .
والمنع من الرجوع فى موضع الأجذاع لما يلحقه من الضرر بانهدام السقف - وهذا موجود [(٨)] بعد انكسار الجذع .

فأما إذا أخذ منه على وضع أجذاعه عوضاً [(٩)] فلا يصح إلا بعد معرفة عدد الأجذاع ، وطولها ، وامتلائها ، وموضعها من الحائط ، وقدر دخولها فيه .
لأن المعاوضة تحرس من الجهالة .

١- روضة الطالبين ٤/٤٣٦ ، مغنى المحتاج ٢/٢٧٠ .
٢- السَّبع - بتثليث الباء : ماله ناب من السباع ويعدو على الناس والدواب فيفترسها ، أو هو المفترس من الحيوان .
الصحاح ٣/١٢٢٧ ، اللسان ١٠/١٠ ، القاموس ٩٣٨ ، المصباح ٢٦٤ .
٣- فى جـ : الجذوع .
٤- فى د : فى حائط .
٥- فى جـ : جذع
٦- فى ب : إعارة
٧- لم أجد التفريق فى جواز الرجوع - بلا إذن - بين انهدام الجدار كله ، وانكسار أو انقلاع الجذوع فقط - وقد فرق المصنف هنا فذكر فى الأول وجهين وأطلق الجواز فى الثانى .
وانظر : المهذب ١/٣٦٥ ، روضة الطالبين ٤/٢١٣ ، حلية العلماء ٥/١٦
٨- فى د : وهذا موقوف .
٩- فى المنهاج للنووى : (وسواء كان الإذن بعوض أو بغيره يشترط بيان قدر الموضع المبنى عليه : طولا وعرضا وسمك الجدران وكيفيتها ، وكيفية السقف المحمول عليها) .
انظر : مغنى المحتاج ٢/١٨٩ ، نهاية المحتاج ٤/٤٠٩ ، روضة الطالبين ٤/٢٢١ .

ثم اختلف أصحابنا فيه إذا انتفت الجهالة عنه :

هل يكون بيعاً أو إجارة ؟

على وجهين : [(١)] .

أحدهما : يكون بيعاً - وهذا قول أبى حامد المروزى .

فعلى هذا يصح [على][(٢)] التأبيد من غير اشتراط مدة فيه .

ومتى انهدم الحائط [ثم بني][(٣)] أعيد وجها واحداً - بخلاف العارية التى لا يمنع من صحتها الجهالة بمدة منفعتها .

ب/٨٦

الوجه الثاني - وهو عندى أصح - : أنه[(٤)] يكون إجارة - ولا يكون بيعاً . /

لأنه عقد على منفعة لا عين .

فعلى هذا : لا يصح إلا باشتراط مدة معلومة تتقدر بها المنفعة ، ويؤخذ بقلع ذلك عند انقضائها .

وعلى الوجهين معاً : إن قدّر ذلك بمدة صحّ وكانت[(٥)] إجارة[(٦)] .

١- فى فتح العزيز ١٠/٣٢٥ ، وروضة الطالبين ٤/٢٢٠ :(فى حقيقة هذا العقد أوجه :

أحدها : أنه بيع ، ويملك المشترى به مواضع رؤوس الجذوع .

والثانى : أنه إجارة ، وإنما لم يشترط تقدير المدة لأن العقد الوارد على المنفعة تتبع فيه الحاجة - فإذا اقتضت التأبيد أبّد ؛ كالنكاح .

وأصحهما : أنه ليس بيعاً ولا إجارة محضين - بل فيه شبههما لكونه على منفعة لكنها مؤبدة) .

وانظر : مغنى المحتاج ٢/١٨٨ ، نهاية المحتاج ٤/٤٠٧ ، ٤٠٨ .

٢- سقطت من : د .

٣- سقطت من د .

٤- فى أ : أن يكون .

٥- فى د : وإن كانت .

٦- المصاد السابقة .

وهكذا لوصالحه على إجراء مسيل [ماء][١] في أرضه فلا بد من [تعيين موضعه][٢] ، وتقدير طوله وعرضه[٣].

ثم إن قدره بمدة صح وكان إجارة .

وإن لم يقدره [بمدة][٤] كان على وجهين[٥]:

أحدهما : أنه يكون بيعاً لما حّد من الأرض لإجراء الماء فيه [على][٦] التأبيد[٧].

والثاني : أنه يكون باطلاً - إذا قيل يكون إجارة .

وأما إن صالحه على سقي ماشيته[٨] من عين أو بئر مدة معلومة لم يجز .

لأن قدر ما تشربه[٩] الماشية مجهول .

وهكذا الزرع .

ولكن لو صالحه على نصف العين أو ثلثها جاز[١٠].

وكان بيعاً لا يحتاج إلى تقدير المدة فيه ؛ لأنه عقد على عين .

ولو قدره بمدة خرج عن البيع إلى لإجارة وكان باطلاً لأن إجارة عين الماء منها لا تجوز[١١].

١- سقطت من : د .

٢- سقط من : أ .

٣- انظر : الأم ٢٣٢/٣ ، المهذب ٣٣٥/١ ، فتح العزيز ٣٢٧/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢١/٤ .

٤- سقطت من : ب و جـ و د و م .

٥- روضة الطالبين ٢٢٢/٤ ، مغنى المحتاج ١٩١/٢ ، نهاية المحتاج ٤١٣/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٧/٢ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ٣١٧/٢ .

وأشار النووى فى الروضة إلى أن فيه الأوجه السابقة فى بيع حق البناء .

وانظرها ص ١٢٣.

٦- سقطت من : د.

٧- فى م : على التأبيد .

٨- فى أ : ماشيه.

٩- فى أ : ما شربته .

١٠- انظر الروضة ٣١٢/٥ ، مغنى المحتاج ٣٧٦/٢ .

١١- قال النووى فى الروضة ١٧٩/٥ : (استئجار القناة للزراعة بمائها جائز - لأنا إن قلنا : الماء لا يملك فكا لشبكة للاصطياد ..

وقال الرويانى : إذا اكترى قرار القناة ليكون أحق بمائها جازفى وجه - وهو الاختيار - والمعروف منعه).

١٦- مسألة : (**شرط التصرف فى الجدار المشترك ونحوه**) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - (ولم أجعل لواحد منهما أن يفتح فيه كوّة ، ولا يبنى عليه بناء إلا بإذن صاحبه)[١].

وهذا كما قال .

إذا كان الحائط بين شريكين لم يكن لأحدهما [أن يفتح فيه كوّة[٢]][٣] ولا يضع فيه جذعاً ، ولا يسمر فيه وتدا[٤]؛ إلا بإذن شريكه[٥].

وجوز العراقيون لأحد الشريكين أن يفعل فى الحائط مالا يضربه من فتح كُوة وإيتاد وتد[٦]. اعتباراً بالعرف المعتاد فيه بين الناس .

١- المختصر . ٢٠٤ ، الأم ٣/ ٢٣٠ .

٢- الكوة : الخرق فى الحائط وثقب أو نقب فى البيت ونحوه ، والكاف تفتح وتضم مع تشديد الواو .
الصحاح ٢٤٧٨/٢ ، لسان العرب ١٠١/١٩ ، المصباح ٥٤٥ ، القاموس المحيط ١٧١٣ ، النظم المستعذب ٣٣٥/١ .

٣- سقط من : جـ .

٤- الوتد ، ما رز فى الأرض أو الحائط من خشب .
المصباح المنير ٦٤٦ ، القاموس المحيط ٤١٣ .

٥- هذا مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة ، وهو رأى أبى حنيفة دون صاحبيه :
انظر الأم ٣/ ٢٣٠ ، المختصر ٢٠٤ ، المهذب ٣٣٥/١ ، فتح العزيز ٣١٨/١٠ ، روضة الطالبين ٢١٣/٤ .. ، أسنى المطالب ٢٢٣/٢ .
والمدونة ١٩٧/٦ ، الكافى فى فقه أهل المدينة ٩٣٩/٢ ... جواهر الإكليل ١٢٢/٢ ، مواهب الجليل ١٦٠/٥ ، الخرشي ٥٩/٦، الدسوقى ٣٦٩/٣ .
والمغني ٣٧٦/٤ ، الكافى ٢١٢/٢ ، الإنصاف ٥٦١/٥ ، شرح المنتهى ٢٧٠/٢ ، كشاف القناع ٣٩٨/٣.

٦- هذا رأى أبى يوسف ومحمد بن الحسن ، أما الإمام فيمنع ذلك إلا برضى الآخر .
المبسوط ٩١/١٧ ، ١٥٧/٢٠ تبيين الحقائق ١٩٤/٤ ، مختصر الطحاوى ٣٥٥ ، الهداية ١٢١/٣ ، مجمع الأنهر ١٧٥/٢ البحر الرائق ٢٩/٧ ، فتح القدير ٣٢١/٧ .

P ٨٧

وهذا خطأ لأمرين : /

أحدهما : أن تفرد[١] أحدهما بالتصرف فى ذلك غير جائز .

والثانى : أنه[٢] هدم بعض الحائط فلم يجز - كالباب .

فإن قيل : فهلا كان كوضع الجذوع فيه - فيكون على قولين[٣] ؟

[قيل][٤] الفرق بينهما أن الحائط موضوع للحيلولة[٥] ؛

ووضع الأجذاع فيه لا تمنع من الحيلولة ، وفتح الكوة يمنع منها .

فلو[٦] أذن أحدهما لصاحبه فى فتح كوة ثم أراد سدها لم يكن له ذلك إلا بإذن شريكه .

لأنه زيادة بناء على حائطه ، والشريكان[٧] فى الحائط لا يجوز لأحدهما البناء عليه إلا بإذن شريكه فيه[٨] .

وكلما لم يكن للشريك أن يفعله فأولى ألا يكون للجار أن يفعله .

فلو صالحه جاره على فتح كوة فى حائطه لم يجز ؛

لأنه صلح على الهواء والضوء[٩] .

١- فى أ : لتفرد .

٢- فى ب و جـ : أن هدم .

٣- مر القولان ص ١١٧.

٤- سقطت من : د .

٥- من حال يحول أى منع يمنع ، وكل ما حجز بين شيئين فقد حال بينهما .
الصحاح ١٦٧٩ ، المصباح المنير ١٥٧ ، القاموس المحيط ١٢٧٨ النظم المستعذب ١/ ٣٧٠ .

٦- فى جـ : فلما أذن .

٧- فى د : بناء على حائط ، والشريكين فى الحائط .

٨- أسنى المطالب ٢/ ٢٢٣ ، مغنى المحتاج ٢/ ١٨٩ ، نهاية المحتاج ٤/ ٤١٠ .

٩- يشترط لفتح الكوة فى جدار الجار أو الجدار المشرف على ملكه أن يأذن بذلك بلا عوض .
فإن لم يأذن لم يجز كما قال المصنف ص ١٢٥ ، وإن أذن بعوض كان صلحاً عن الهواء والضوء فلا يجوز كالصلح على إقرار الجناح .
انظر : المهذب ١/ ٣٣٤ ، روضة الطالبين ٤/ ٢٠٧ ، مغنى المحتاج ٢/ ١٨٩ ، أسنى المطالب ٢/ ١٢٢ ، ١٢٣.

ولو أن رجلاً فتح كوة فى حائطه فأراد جاره أن يبني فى وجهها حائطاً فى ملكه - يمنعه الضوء من الكوة - جاز ، ولم يكن لصاحب الكوة أن يمنعه [من ذلك][١] .

لأنه متصرف فى ملكه .

أ- فصل : (التصرف فى ظهر الدار بفتح كوة أو باب - إذا كان ظهرها إلى زقاق غير نافذ) :

وإذا كانت لرجل دار ظهرها إلى زقاق[٢] مرفوع[٣] فأراد أن يفتح فى ظهر داره كوة إلى الزقاق، أو ينصب شباكاً للضوء جاز ولم يمنع .

لأنه متصرف فى ملكه .

ولو أراد فتح باب إليه :

فإن كان يريد فتحه للاستطراق فيه لم يجز .

لأنه لا حق له فى استطراق الزقاق المرفوع .

وإن كان يريد فتحه لينصب عليه باباً ولا يستطرقه ففيه وجهان[٤] :

أحدهما : يجوز .

لأنه لو أراد هدم حائطه كله جاز ؛ فإذا أراد هدم بعضه فأولى بالجواز .

١- ليست فى : أ ، ب ، جـ و م .

٢- الزقاق : السكة ، وقيل الطريق الضيق دون السكة - نافذ وغير نافذ .
لسان العرب ٩/١٢ ، الصحاح ١٤٩١/٤ ، القاموس المحيط ١١٥٠ .

٣- قيّد المصنف الزقاق هنا بكونه مرفوعاً - ويعنى به مسدوداً غير نافذ - كما ظهر لى -
قال الفيومى فى المصباح المنير ٢٣٢ : (الرفع في المعانى محمول على ما يقتضيه المقام ..) ثم مثل لذلك .
ومما يؤيد ذلك قول المصنف ص ١٣١(أن الزقاق مرفوع ؛ فيجعله بفتح الباب مستطرقاً غير مرفوع) فدل على أن المرفوع قسيم المستطرق - فهو الذى لا ينفذ .
وعبر عنه النووى فى المنهاج بالمسدود أو الذى لا ينفذ - ولم يذكر الرفع - كما فى مغنى المحتاج ١٨٤/٢ ، ١٨٥ ، ١٨٦ .

٤- المهذب ٣٣٦/١ ، التنبيه ٧٤ ، فتح العزيز ٣١٢/١٠ روضة الطالبين ٢٠٨/٤ ، حلية العلماء ١٧/٥ مغنى المحتاج ١٨٥/٢ ، نهاية المحتاج ٤٠٢/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٢/٢ .
قال النووى فى الروضة (قلّ من بيّن الأصح من هذين الوجهين ... المنع أفقه) .
وصحح فى المنهاج الجواز تبعاً للمحرر .
قال الشربينى فى مغنى المحتاج عن الجواز : (وهو المعتمد وإن قال فى زيادة الروضة : إن الأفقه المنع ، فقد قال فى المهمات : والفتوى على الجواز ..).

ولأنه لو أراد/أن يحول بين داره والزقاق ببناء[١] جاز ؛ فكذلك إذا أراد أن [يحول][٢] بينهما بباب .

والوجه الثانى : لا يجوز .

لأنه يوهم بذلك عند تطاول الزمان أنه مستحق للاستطراق ؛ لأن الباب من شواهد استحقاقه - وليس كذلك هدم بعض الحائط فيه .

ب - فصل : (تغيير مكان باب الدار التى فى الزقاق المرفوع أو زيادة باب آخر) .

وإذا كان فى الزقاق المرفوع داران[٣] لرجلين إحداهما فى أوله ، والأخرى فى آخره[٤] ؛ فأراد صاحب الدار الأولة تغيير بابه ونقله من موضعه إلى غيره :

فإن أراد تقديمه إلى باب الزقاق كان له .

لأنه كان يستحق الاستطراق إلى غاية اقتصر على بعضها ؛ فصار تاركا لبعض حقه[٥] .

وإن أراد تأخير بابه إلى صدر الزقاق لم يكن [له][٦] .

لأنه يصير متجاوزاً لحقه فى الاستطراق .

وكان بعض أصحابنا يجوّز [له][٦] ذلك ، ويجعل عرصة الزقاق كلها مشتركة بينهما .

تخريجاً من : عرصة السفل إذا تنازعها صاحب العلو [وصاحب][٧] السفل - على ما سنذكره[٨] .

١- فى جـ : بين بيته والزقاق ، وفى د : بين داره والزقاق ببيت .

٢- سقطت من : د .

٣- فى د : دار .

٤- فى ب و جـ و د : والأخرى فى صدره .

٥- المصادر السابقة .

٦- سقطت من : د .

٧- سقطت من : أ و ب و د و م .

٨- ستأتى هذه المسألة ص ١٨٢.

فأما صاحب الدار التى فى صدر الزقاق [١]:

إن أراد تقديم بابه جاز - إن لم يرد إدخال ما وراء ذلك إلى داره .

[وإن] [٢] أراد إدخال ما وراء الباب المستحدث إلى صدر الزقاق إلى داره فهو على اختلاف أصحابنا :

هل عرصة الزقاق مشتركة بين الدارين ، أم لا [٣] ؟

فمن قال : إنها مشتركة منع صاحب الصدر [من إدخال ذلك فى داره] [٤] .

ومن قال : إنها غير مشتركة - [وأن ما يتجاوز باب الأول يختص بملك صاحب الصدر] [٥] جوّز له ذلك [٦] .

وأما إن أراد صاحب الدار الأولة أن يقر بابه فى موضعه ، ويفتح دونه باباً ثانياً جاز ولم يمنع [٧] .

١- فى أ و جـ : الدرب ، والدرب أصله المضيق فى الجبال ، والدرب باب السكة الواسعة والمدخل الضيق تصحيح التنبيه للنووى ٧٣ ، القاموس المحيط ١٠٦ ، المصباح ١٩١ .

٢- سقطت من : د .

٣- الخلاف فى عرصه الزقاق هل هى مشتركة بين جميع أهله أم شركة كل واحد تختص بما بين رأس الدرب وباب داره فيه وجهان صحح النووى الاختصاص فى الروضة والمنهاج .

انظر : المهذب ٣٣٦/١ ، فتح العزيز ٣١١/١٠ ، روضة الطالبين ٢٠٧/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٤/٢ ، نهاية المحتاج ٤٠٠/٤ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ٣١٣/٢ ، أسنى المطالب ٢٢١/٢ .

٤- سقط من : د .

٥- سقط من : أ .

٦- انظر : المهذب ٣٣٦/١ ، حلية العلماء ١٨/٥ ، فتح العزيز ٣١٢/١٠ ، روضة الطالبين ٢٠٨/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٥/٢ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ٣١٣/٢ .

٧- هذا فيه وجهان عند الشافعية وقوى النووى المنع إلا أن يسد الباب القديم لأن الباب الثانى إذا انضم إلى الأول أورث زيادة زحمة ووقوف الدواب فى الدرب فيتضررون به .

وذكر كذلك أن صاحب الشامل جزم بالجواز وهذا وإن كان ظاهراً فالمنع أقوى .

المهذب ٣٣٦/١ ، فتح العزيز ٣١٢/١٠ ، روضة الطالبين ٢٠٨/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٥/٢ ، نهاية المحتاج ٤٠٢/٤ .

P ٨٨

وقال/أبو حنيفة : أمنعه من فتح باب ثان[١] .

لأنه يستحق مدخلا واحداً ؛ فلم يجز أن يتعدى إلى مدخلين .

وهذا خطأ ؛ لأنه مستحق للاستطراق [فيه][٢] ، فلا فرق بين أن يكون من مدخل أو مدخلين .

ولأن موضع الباب المستحدث لو أراد هدمه لغير باب جاز - فكذا للباب .

جـ - فصل : (لرجل داران متلا صقتان باب كل واحدة إلى زقاق مرفوع فأراد فتح إحداهما فى الأخرى) :

وإذا كان لرجل داران متلاصقتان[٣] وباب كل واحدة [٤] منها إلى زقاق مرفوع فأراد هدم الحائط الذى بين الدارين[٥] جاز[٦] .

١- الخلاف هنا فى فتح باب ثان لمن كانت داره فى زقاق غير نافذ ولها باب فأراد فتح آخر .

وتقدم أن فى مذهب الشافعية وجهين أقواهما المنع . وهو مذهب الحنفية والمالكية.إلا أن المالكية يسمحون به فى حالتين هما :

أن يرضى جميع الجيران ، أو يكون الباب مائلاً عن مقابلة باب الجار يميناً أو شمالاً .

وعند الحنابلة يجوز فتح الباب الثانى إذا وضع البابين فى موضع استطراقه أي لم يتعد إلى موضع لا استطراق له فيه - ثم إنه لا يفتحه قبالة باب غيره .

انظر : الهداية ١٢١/٣ ، تبيين الحقائق ١٩٥/٤ ، البحر الرائق ٣١/٧، فتح القدير ٣٢٣/٧ ، مجمع الأنهر ١٧٥/٢ .

والمدونة ٥٣١/٥ ، مواهب الجليل ١٦٦/٥ ، ١٧٠ ، الكافى فى فقه أهل المدينة ٩٤٠/٢ ، الخرشى ٦١/٦ ، حاشية الدسوقى ٣٧٠/٣، قوانين الأحكام ٣٣٧ ، الثمر الدوانى ٦٨١ .

والمغنى لابن قدامة ٣٨٦/٤ ، الكافى له ٢١٤/٢ ، التنقيح ٢٠١ ، الإنصاف ٢٥٩/٥ .

أما إن كان الطريق نافذاً فلم أر خلافاً فى جواز فتح باب آخر إن لم يضر لأن الطريق النافذة ملك للعامة فيحق لهم المرور كغيرهم .

٢- سقطت من : أ .

٣- فى أ و م : متلاصقان .

٤- فى ب : واحد .

٥- فى ب : بين الدار .

٦- المهذب ٣٣٦/١ ، روضة الطالبين ٢٠٩/٤ ، أسنى المطالب ٢٢١/٢ .

ولو أراد فتح باب من إحدى الدارين [إلى الأخرى][(١)] غير نافذ ليستطرقه لم يجز[(٢)].
وهو قول أبي حنيفه[(٣)] ومالك ؛[(٤)] لأمرين [(٥)]:
أحدهما : أنه يصير مستطرقاً إلى كل واحدة[(٦)] من الدراين من الزقاق [الذى][(٧)] لاحق لها فى الاستطراق منه .
والثانى : أن الزقاق مرفوع ؛ فيجعله بفتح الباب مستطرقا غير مرفوع[(٨)].

١- سقط من : أ و ب و م .
٢- هذا أحد الوجهين عند الشافعية ، والمعتمد أنه لا يمنع .
المهذب ٣٣٦/١ ، حلية العلماء ١٧/٥ ، فتح العزيز ٣١٣/١٠ ، روضة الطالبين ٢٠٩/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٦/٢ ، نهاية المحتاج ٤٠٣/٤ ، أسنى المطالب ٢٢١/٢ ، ٢٢٢ .
٣- الهداية ١٢١/٣ ، تبيين الحقائق ١٩٥/٤ ، البحر الرائق ٣١/٧ ، فتح القدير وهوامشه ٣٢٣/٧ ، مجمع الأنهر ١٧٥/٢ .
٤- المدونة ٥٣١/٥ ، قوانين الأحكام ٣٧٠ ، الكافى فى فقه أهل المدينة ٩٤٠/٢ ، ٩٤٦ ، مواهب الجليل ١٧١/٥ ، جواهر الإكليل ١٢٣/٢ .
وفى الكافى ٩٤٠/٢ : (والزقاق غير النافذ ليس لأحد أن يفتح فيه باباً غير ما قدم استحقاقه فيه من الأبواب) .
٥- وعند الحنابلة فى هذه المسألة وجهان أقواهما الجواز لأن له أن يرفع الحاجز كله ، فرفع بعضه أولى .
المغنى ٣٨٧/٤ ، الكافى ٢١٤/٢ ، الشرح الكبير ١٩/٣ ، الإنصاف ٢٥٩/٥ ، شرح المنتهى ٢٧٠/٢ ، الكشاف ٣٩٨/٣ .
٦- فى ب : واحد .
٧- سقطت من : د .
٨- بعد هذا فى ب و جـ ودوم (والله أعلم ، وخبرنا به الإمام أبو على : الحسين بن صالح بن خيران من أصحاب الشافعى رحمة الله عليه) . ولم يتضح لى كيف ذلك مع أن ابن خيران توفى سنة ٣٢٠هـ على أقصى ما قيل وقد تقدمت ترجمته ص ٨٩ ، ولم أجد اسماً آخر يناسب المقام .

١٧- مسألة : (**قسمة الجدار المشترك وكيفية ذلك بالتفصيل**):

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : (وقسمتُه بينهما إن شاءا[١].

إن كان عرضه[٢] ذراعاً أعطيته شبراً فى طول الجدار ، ثم قلت له : إن شئت أن تزيد من عرصة دارك أو بيتك شبراً[٣] آخر ليكون ذلك[٤] جداراً خالصاً فذلك لك)[٥] .

وهذا كما قال .

إذا كان الحائط بين شريكين فطلب أحدهما القسمة وأراد[٦] إجبار شريكه[٧] عليها عند امتناعه منها لم يخل ذلك من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون بناء لا عرصة له .

والثانى : أن يكون عرصةً لا بناء فيها .

والثالث : أن يكونا معاً.

١- فى جـ و د : إن شاء .

٢- فى ب : إن كان على عرضه ، وفى جـ : إن كان على عرصه .

٣- فى ب و جـ و د : شيئاً .

٤- في أ : ليكون لك جداراً خالصاً

٥- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٣/ ٢٣٠ .

٦- فى ب و جـ و د : فأراد .

٧- تكلم الفقهاء عن القسمة فى باب مستقل وذكروا أن الأملاك المشتركة يقسم بعضها جبراً عند طلب بعض الشركاء ، وبعضها لا يقسم إلا بالتراضى لوقوع الضرر بالقسمة .

انظرها : فى الهداية ٤/٣٦٩ ، مجمع الأنهر ٢/٤٨٧ وبداية المجتهد ٢/ ٢٦٥ ، مختصر خليل ٢١٧ والمهذب ٢/٣٠٦ ، روضة الطالبين ١١/ ٢٠١ والكافى لابن قدامة ٤/ ٤٧٤ ، الشرح الكبير ٦/ ٢١٧ .

ب
٨٨

فإن كان الحائط بناء لا عرصة له لم يجز أن يقسم جبراً / لأن البناء لا يعلم باقيه[١]- ليتساويا في الاقتسام به - إلا [بعد][٢] هدمه ؛ [وفي هدمه][٣] ضرر فلم يدخله الإجبار .

فإن اصطلحا عليه جاز .

وإن كان ذلك عرصة لابناء فيها دخلها الإجبار في القسمة .

فإن دعا الطالب إلى قسمة عرصة الحائط طولاً أجيب إليها[٤] .

ومثاله : أن يكون طول العرصة عشرة أذرع ، وعرضها ذراع[٥] ؛ فيدعو إلى قسمة الطول ليكون له خمسة أذرع من العشرة في عرض ذراع .

فهذا جائز ؛ لأن أي النصفين حصل له بالقرعة نفعه[٦] .

وإن دعا إلى القسمة عرضا - ليكون له شبر من العرض في الطول كله - ففي جواز الجبر عليها[٧] وجهان : [٨]

١- في ب و م : ما فيه .

٢- سقطت من : أ .

٣- سقطت من : د .

٤- المهذب ٣٠٧/٢ ، التنبيه ١٥٦ ، فتح العزيز ٣١٨/١٠ ، روضة الطالبين ٢١٥/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٤/٢ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٣١٧/٢ .

٥- في أ : وعرضها ذراعاً !

٦- المصادر السابقة .

٧- في أ و د : عليه .

٨- المهذب ٣٠٧/٢ ، التنبيه ١٥٦ ، فتح العزيز ٣١٨/١٠ ، روضة الطالبين ٢١٥/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٤/٢ .

قال النووي في الروضة : (وجهان أصحهما عند العراقيين وغيرهم : الإجابة) .

أحدهما – وهو قول أبي اسحاق المروزى – : أنه لا يجاب إليها ، ولا يجبر الممتنع عليها .

لأن قسمة الإجبار ما دخلتها القرعة[١] ، ودخول القرعة فى هذه القسمة مضر ؛ لأنه قد يحصل لكل واحد منهما بالقرعة ما يلي صاحبه فلا ينتفع واحد منهما بشيء مما صار إليه ، وعادت بالضرر عليه[٢] .

والقسمة إذا عادت بضرر الشريكين لم يدخلها الإجبار .

والوجه الثانى – وهو قول أبي علي بن أبي هريرة :

أنه يجاب إليها ، ويقسم عرض العرصة بينهما ، ويدفع إلى كل واحد منهما النصف الذى يليه بغير قرعه[٣] .

لأن القرعة تدخل فى القسمه لتمييز ما اشتبه الانتفاع به .

والأنفع لكل واحد منهما أن يأخذ ما يليه ؛ فلم يكن لدخول القرعة وجه .

٢٨٩

قال الشافعى : (ثم قلت له : إن شئت أن تزيد[٤] من عرصة دارك أو بيتك شبراً آخر/ ليكون ذلك جداراً خالصاً فذلك لك)[٥] .

وهذا لم يقله مشورة كما عابه من جهل معنى كلامه .

وإنما قاله ليبين أن كل واحد منهما قد ينتفع بما صار له .

ثم ذكر وجه المنفعة : بأن يضم إلى العرصه شبراً ليصير جداراً كاملاً .

١- القرعة : بضم القاف وسكون الراء من الاستهام ، يقال : أقرعت بين الشركاء فى شيء يقتسمونه فاقترعوا عليه .

الصحاح ١٢٦٢/٣ . اللسان ١٣٨/١٠ ، القاموس ٩٧٠ ، تهذيب الأسماء مج٣ /جـ٢ق٢ / ٨٨ .

٢- فى د : بالضرورة والقسمة إذا ..

٣- فى م : بغير ذرعه .

٤- فى الأم : أن تزيده من عرض دارك ، وفى أ : ثم قلت له : أن تزيد فى عرصة دارك .

٥- الأم ٣/ ٢٣٠ المختصر ٢٠٤ .

أ- فصل : (قسمة الحائط إذا كان بناء وعرصة وكيفية ذلك):-

فإن كان الحائط بناء وعرصة نظر فى طالب القسمة :

فإن دعا إليها عرضا - ليكون له شبر من عرض البناء والعرصة من الطول كله - لم يجب إليها جبرا[١].

ولا يصح ذلك بينهما تراضيا واختيارا[٢].

وإنما كان كذلك لأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضرّ به وبصاحبه ؛ لأنه إن أراد هدمه لم يقدر عليه إلا بهدم مالشريكه - أو شيء منه - ، وإن أراد وضع شيء عليه وقع الثقل على مالشريكه[٣]فأضر به .

فإن قيل : فهلا جاز ذلك بتراضيهما ؟

[قيل : إن تراضيا][٤] بهدمه فى الحال والاقتسام بآلته[٥] جاز .

وإن[٦] تراضيا بقسمته بناء قائماً وتحديد مالكل واحد منهما متصلا لم يجز .

لما ذكرنا[٧] من دخول الضرر فيما بعد .

١- على الصحيح - كما فى الفتح ٣١٩/١٠ ، الروضة ٢١٥/٤ ، وانظر : المهذب ٣٠٨/٢ ، أسنى المطالب ٢٢٤/٢ .

٢- فى جـ : وإجباراً

٣- فى أ : على مال شريكه .

٤- سقط من : د .

٥- فى جـ : ثانية .

٦- فى ب و د : فإن .

٧- أعلاه - وهو أنه لو أراد هدمه لم يقدر عليه إلا بهدم مالشريكه ، أو شيء منه ، ولو أراد وضع شيء عليه وقع الثقل على مالشريكه فأضرّبه .

وإن كان الطالب يدعو إلى قسمته طولا - ليكون لكل واحد منهما نصفه طولاً فى العرض كله- جازت بالتراضى .

وفى جواز الإجبار عليها وجهان[١] :

أحدهما - وهو ظاهر قول أبى إسحاق المروزى : لايجاب إليها ، ولا يجبر الممتنع عليها .

لأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذى صار له إلا بهدم شيء من نصف صاحبه ، فصارت ضرراً عليهما .

والوجه/ الثانى : وهو قول أبى على بن أبى هريرة : يجبر[٢] على هذه القسمة بالقرعة . ٨٩ ب

لأن الضرر على كل واحد منهما فى هدم حصته يسير فلم يمنع [٣] من القسمة .

ولأنه قد يمكن إزالة الضرر بقطع الحائط بينهما بالمنشار ؛ فلا ينهدم من حصة الآخر شيء[٤] .

١- المهذب ٣٠٧/٢ ، التنبيه ١٥٦ ، فتح العزيز ٣١٩/١٠ ، الروضة ٢١٥/٤ .

وفي الروضة وأصلها : لم يُجَب إليه على الأصح - على أن الشيرازى صحح فى كتابيه السابقين الإجبار.

٢- فى ب و جـ و م : يجبره .

٣- فى ب : فلم يمتنع .

٤- فى كيفية قسمة الجدار وجهان :

أحدهما : يعلّم بعلامة وخط يرسم .

والثانى : يشق وينشر بالمنشار .

والظاهر جواز كل منهما .

فتح العزيز ٣١٨/١٠ ، روضة الطالبين ٢١٤/٤ ، مغني المحتاج ١٨٩/٢ ، أسنى المطالب ٢٢٤/٢ .

١٨- مسألة : (**إذا هدم حائط بين شريكين ثم أرادا بناءه رجع بينهما - على ما كان من قبل**) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - (ولو هدماه ثم اصطلحا على أن يكون لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه، على أن يحمل كل واحد منهما ما شاء عليه إذا بناه - فالصلح فاسد)[١].

[وهذا][٢] كما قال .

إذا هدم الشريكان حائطا بينهما ثم اصطلحا[٣]عند بنائه بمالهما أن يكون لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه على أن يحمل كل واحد منهما عليه ما شاء من أجذاع وغيرها فهذا : صلح باطل[٤] لثلاثة معان :

أحدها : أنه بذل بصلحه على الثلث بعد ملكه النصف سدساً بغير عوض[٥]وبذل الملك فى الصلح إذا كان عيناً[٦] بغير عوض لا يصح[٧] .

والثانى : أنه اشترط[٨] فيه الإثقال[٩] لملك صاحبه[١٠] من غير عوض - وذلك لا يصح .

والثالث : أنه[٨] اشترط لنفسه ارتفاقاً مجهولاً - وذلك باطل .

فإذا ثبت بطلان الصلح لما ذكرنا، وكانا قد عملا [١١] [به][١٢]ووضعا فوق الحائط ما شاءا : فالملك بينهما نصفان - على ما كان من قبل[١٣].

١- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٣/ ٢٣٠ .

٢- سقطت من : د .

٣- فى أ : ثم اصطلحا عليه عند .

٤- فتح العزيز ١٠/ ٣٢٣ ، روضة الطالبين ٤/ ٢١٨ ، مغنى المحتاج ٢/ ١٩٠ ، نهاية المحتاج ٤/ ٤١٢ حواشي تحفة المحتاج ٥/ ٢١٨ ، أسنى المطالب ٢/ ٢٢٥ .

٥- كان للمصالح نصف الحائط ثم قبل بالثلث وأعطى شريكه مازاد عن الثلث إلى النصف وهو سدس فانضم إلى نصف الشريك فكمّل له الثلثين .

٦- فى م : عبثا .

٧- فى المصادر السابقة آنفاً إشارة إلى وجه آخر وهو الصحة بالتراضى بينهما ويكون السدس الزائد فى مقابلة عمله فى نصيب الآخر لأنه الذى بناه .

٨- فى أ : شرط .

٩- فى ب : الارتفاق ، وفى جـ و م : الانتقال .

١٠- فى د : لصاحب ملكه !

١١- فى جـ : علما به .

١٢- سقطت من : د .

١٣- المهذب ١/ ٣٣٦ ، روضة الطالبين ٤/ ٢١٨ ، مغنى المحتاج ١/ ١٩٠ حواشى تحفة المحتاج ٥/ ٢١٨ .

ثم لكل واحد منهما أن يأخذ صاحبه بقلع ما وضعه فى الحائط من أجذاعه .

وسواء فى ذلك من شرط الزيادة والنقصان .

P ٩٠

لأنه وإن كان مأذونا فيه فهو عن عقد فاسد ، ففسد ما تضمنه من الإذن .

ولأن الإذن يقتضي وضع ما يستأنفه كما اقتضى وضع ما تقدمه ؛ ثم كان ممنوعاً من المستأنف فكذلك المتقدم .

ولا وجه لأن يقر أجذاع من شرط الزيادة لنفسه .

لأن صاحبه قد شرط عليه مالم يحصل له[١] من وضع ما شاء من أجذاعه .

أ- فصل[٢] : **(إذا انهدم الحائط المشترك ولم يبن فأرضه بين الشركاء تقسم على ما سبق) :**

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : (فإن شاءا أو أحدهما قسمت أرضه بينهما نصفين)[٣] .

وقد اختلف أصحابنا فى تأويل هذا الكلام بحسب اختلافهم فى كيفية قسمة العرصة جبراً بين الشريكين[٤] :

فذهب أبو إسحاق المروزى إلى أنه محمول على إيقاعها جبرا إذا طلب أحدهما قسمة العرصة طولاً لا عرضا .

وذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أنه محمول على إيقاعها جبراً على الأمرين طولاً وعرضا.

وقد مضى ذلك مشروحاً[٥] .

١- فى ب و جـ : إليه .

٢- هكذا فى جميع النسخ ولعل الصواب : مسألة .

٣- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٣/ ٢٣٠ .

٤- سبق فى ص ١٣٤ فى قسمة العرصة أن الشريك إذا طلب القسمة طولاً أجيب إليها ، أما لو طلب القسمة عرضاً فعند أبي إسحاق لا إجبار ، وعند أبي عليّ يجبر - كالطول .

٥- ص ١٣٤.

١٩- مسألة : (السفل لرجل والعلو لآخر ، فاختلفا فى السقف الذى بينهما) :

قال الشافعى - رحمه الله تعالى - : (وإذا كان البيت [السفل][١] فى يدى [رجل ، والعلو فى يدى][٢] آخر ؛ فتداعيا سقفه :

فهو بينهما نصفين [٣].

لأنه سقف للسفل نافع[٤] له ، وسطح للعلو أرض له)[٥].

وهذا صحيح .

إذا كان بيت سفله لرجل وعلوه لآخر فاختلفا فى السقف [الذى بينهما وتداعياه :

فمذهب الشافعى أنهما يتحالفان ، ويكون بينهما نصفين][٦][٧].

١- سقطت من : جـ .

٢- سقط من : أ .

٣- فى جـ : نصفان .

٤- فى المختصر و م : لأن سقف السفل تابع له ، وفى الأم : مانع له ، وأثبت ما فى النسخ الأخرى .

٥- المختصر ٢٠٤ الأم ٢٣١/٣ .

٦- سقط من : د .

٧- إذا اختلف صاحب السفل وصاحب العلو فى السقف الذى بينهما فعند الشافعية والحنابلة يتحالفان ويكون بينهما ، لأنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به ، غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فيكون بينهما كالحائط بين الملكين .

ومذهب الحنفية والمالكية أنه لصاحب السفل ، لأنه على ملكه فكان القول قوله فيه - كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها .

واحتج بعض المالكية بقول الله تعالى:« لبيوتهم سقفا من فضة » (الزخرف من الآية ٣٣) فأضاف السقف للبيت ، والبيت للأسفل ، ولأن السفل لا يسمى بيتا بدون السقف .

الأم ٣٣٠/٣ ، المختصر ٢٠٤ ، المهذب ٣١٦/٢ ، التنبيه ١٥٨ ، حلية العلماء ٢٢/٥ ، فتح العزيز ٣٣٤/١٠ ، الروضة ٢٢٦/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٣/٢ ، أسنى المطالب ٢٢٩/٢ .

والمغنى لابن قدامة ٢٨٦/١٠ ، الكافى ٥٠٨/٤ ، الشرح الكبير ٣٢٠/٦ ، الإنصاف ٢٧١/٥ ، ٣٧٦/١١ ، الفروع ٥٢١/٦ ، العدة ٦٣١ ، شرح المنتهى ٥٢٠/٣ ، كشاف القناع ٣٨٢/٦ .

والمبسوط ١٥٨/٢٠ ، البحر الرائق - وبهامشه منحة الخالق ٣٠/٧ ، الفتاوى الهندية ٩٨/٤ .

ومواهب الجليل ١٤٧/٥ وبهامشه التاج والإكليل ، الخرشى ٥٦/٦ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٣٦٥/٣ ، الشرح الصغير ١٧٤/٢ ، منح الجليل ٣١٩/٣ ، قوانين الأحكام ٣٦٩ ، جواهر الإكليل ١٢٢/٢.

٩٠ ب

وحكي عن مالك أنه يكون لصاحب العلو[١].

لأنه لا يقدر على التصرف/فى العلو إلا به .

وحكي عن أبي حنيفة أنه يكون لصاحب السفل[٢].

لأنه موضوع على ملكه - كالجدار المبني على[٣] أرضه .

وكلا المذهبين[٤] غلط .

وكون[٥] السقف بينهما أصح لتساوى أيديهما عليه وتصرفهما فيه - فهو لصاحب السفل سقف ومرفق ، ولصاحب العلو سطح[٦] ومقعد[٧].

ولأنه متصل بمالهما ، ومجاور لملكيهما فوجب أن يستويا فيه كالحائط إذا كان بين داريهما[٨].

١- الذى وجدته من مذهب المالكية خلاف ما ذكره المصنف فهو عندهم لصاحب السفل - كما فى المصادر السابقة - وقد نقله المصنف بصيغة التضعيف فقال (وحكى عن مالك أنه يكون لصاحب العلو) .

قال الحطاب عن كونه لصاحب السفل (ولا اختلاف أعلمه فيها) مواهب الجليل ١٤٧/٥ .

ولذلك حكم المالكية على صاحب السفل أن يبنى السقف لو انهدم فقالوا :

(وكذلك يقضى على صاحب الأسفل بالسقف لبيته لأنه أرض للأعلى ، وإنما كان يقضى على صاحب السفل به لأنه له عند التنازع) الخرشى ٥٦/٦ .

وستأتى هذه المسألة ص ١٤٥.

٢- سبقت مصادر الحنفية قريباً .

٣- فى م : فى أرضه .

٤- هو مذهب واحد كما سبق تقريره آنفا .

٥- فى أ : ولو أن .

٦- فى جـ و م : أرض .

٧- فى د : ومعقد .

٨- مرحكم الحائط الذى بين جارين ص ١٠٤ .

فإذا ثبت أنه يكون بينهما[١] فلصاحب العلو أن يتصرف فيه كما [كان][٢] يتصرف فيه من قبل بالجلوس عليه وإحراز[٣] المتاع المعتاد فيه .

من غير تجاوز ولا تعد .

كالحائط إذا اختلفا فيه وكانت عليه جذوع لأحدهما : جعل بينهما وأقرت الأجذاع على حالها .

وأما صاحب السفل فارتفاقه فيه أن يكون مستظلا به من غير أن يتجاوز ذلك إلى تعليق شىء عليه لأن السقف لم يوضع غالبا إلا للاستظلال[٤] .

ولا وجه لما أجازه بعض أصحابنا من تعليق زنبيل[٥] عليه ووضع خطاف[٦] فيه .

لأن إيتاد الوتد فى الحائط المشترك أسهل وهو ممنوع منه[٧] .

فما ذكرنا من السقف أولى أن يكون ممنوعاً منه .

١- فى د : أنه ملكيهما !

٢- سقطت من : د .

٣- أحرز المتاع : جعله فى الحرز ، والحرز المكان الذى يحفظ فيه ، والجمع أحراز .
القاموس المحيط ٦٥٣ ، المصباح المنير ١٢٩ .

٤- فى فتح العزيز ٣٢٤/١٠ ، والروضة ٢١٩/٤ (.. فيجوز لصاحب العلو الجلوس ووضع الأثقال عليه على العادة ولصاحب السفل الاستكنان به وتعليق ما ليس له ثقل يتأثر به السقف كالثوب ونحوه قطعاً وفى غيره أوجه أحدها : لا يجوز أصلا ، والثانى : يجوز مالا يحتاج إلى إثبات وتد فى السقف ، وأصحها : يجوز مطلقا على العادة ..) . وانظر : نهاية المحتاج ٤٢٠/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٥/٢ .

٥- الزَّنْبيل بفتح الزاى ، وإذا كسرت الزاى شددت الياء مثل سِكِّين - لأنه ليس فى كلامهم فَعليل - بالفتح . وهو القفه أو الجراب أو الوعاء الذى يحمل فيه ، يقال عنده : زبل من تمر وزنابيل .
الصحاح ١٧١٥/٤ ، تاج العروس ٣٥٤/٧ .

٦- الخطاف حديدة جحناء يختطف بها الشىء ، والجمع خطاطيف .
الصحاح ١٣٥٢/٤ ، تاج العروس ٩١/٦ ، معجم مقاييس اللغة ١٩٧/٢ .

٧- سبق بيان ذلك ص ١٢٥.

أ - فصل : (**إذا كان السفل لرجل والعلو لآخر فتنازعا فى شىء من جدرانه**) :

ولو تنازعا فى حائط [السفل][(١)] فهو لصاحب السفل إلى منتهى وضع الأجذاع - مع يمينه- لأنه فى يده وتحت تصرفه .

P 91

ولو تنازعا فى حائط العلو : فهو لصاحب العلو مما فوق أجذاع السقف ./

لأنه فى يدى صاحب العلو[(٢)] وتحت تصرفه .

وما كان من الحائط بين السفل والعلو فى خلال[(٣)] أجذاع السقف فهو بينهما .

لأنه تبع للسقف المشترك بينهما[(٤)].

٢٠- مسألة : (**حكم الإجبار على بناء البيت الذى سفله لرجل وعلوه لآخر بعد انهدامه**) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : (فإن سقط لم يجبر صاحب السفل [على بنائه][(٥)])[(٦)].

وهذا صحيح .

إذا انهدم البيت الذى سفله لرجل وعلوه لآخر فإنه لا يخلو حالهما من أربعة أحوال :

أحدها : أن يتفقا على تركه مهدوما ؛ فلا اعتراض عليهما فيه .

١- سقطت من : د .

٢- فى د : صاحب الأرض .

٣- فى ب و جـ و د : فى حال .

٤- المهذب ٣٣٧/١ ، فتح العزيز ٣٣٥/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٧/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٣/٢ ، أسنى المطالب ٢٢٩/٢ .

٥- سقط من : أ .

٦- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٢٣١/٣ .

والثانى : أن يتفقا على بنائه فذلك لهما .

ويختص صاحب السفل ببناء السفل إلى انتهاء وضع الأجذاع ، وصاحب العلو ببناء العلو إلى حيث كان من غير أن يزيد عليه ، ولا لصاحب السفل أن يأخذه بالنقصان عنه[١] .

فلو اختلفا – مع[٢] اتفاقهما أن ارتفاع السفل [والعلو عشرون ذراعاً – :

فقال صاحب السفل : ارتفاع السفل][٣] خمسة عشر ذراعاً ، وارتفاع العلو خمسة أذرع .

وقال صاحب العلو ، بل ارتفاع العلو خمسة[٤] عشر ذراعاً ، وارتفاع السفل خمسة[٤] أذرع .

فقد اتفقا[٥] [على][٦] أن لصاحب السفل خمسة أذرع – لا نزاع فيها – [ولصاحب العلو خمسة أذرع – لا نزاع فيها][٧]– واختلفا فى عشرة أذرع ادعاها كل واحد منهما ، وأيديهما معاً عليها[٨] .

فوجب أن يتحالفا [عليها][٩] ، وتجعل العشرة المختلف فيها بعد أيمانهما معا بينهما نصفين[١٠] .

١- فى أ : منه .

٢- فى د : من اتفاقهما .

٣- سقط من : ب و جـ ، وسقط من م كلمة [ارتفاع] .

٤- فى جـ : خمس .

٥- فى م : فقد اختلفا .

٦- سقطت من : ب .

٧- سقط من : د .

٨- فى ب و د : عليهما .

٩- سقطت من : جـ .

١٠- فى جـ و م : نصفان .

٩١ب

فيصير لصاحب السفل عشرة أذرع ، ولصاحب/العلو عشرة أذرع .

ثم يشتركان فى بناء السقف[١] بعد أن يختص كل واحد منهما ببناء حقه[٢] .

إلا أن يكون السقف لأحدهما[٣] فيختص الذى هو له ببنائه دون غيره .

والحال الثالثة : أن يمتنع صاحب العلو من البناء ويدعو صاحب السفل إليه .

فله أن يختص ببناء سفله ، وليس [له][٤] مطالبة [صاحب][٥] العلو ببناء علوه[٦] .

لأنه لا حق له فى بنائه ، ويقدر على الانتفاع بحقه إلا أن يكون السقف بينهما فيكون على ما نذكره [٧] من القولين فى[٨] إجبار الشريكين على المباناة .

والحال الرابعة : - وهي مسألة الكتاب : أن يمتنع صاحبُ السفل من بنائه ويدعو صاحبُ العلو إليه ليبني العلو عليه . ففى إجباره قولان[٩] .

وهكذا الشريكان فى حائط قد انهدم إذا دعا أحدهما إلى البناء وامتنع الآخر - هل يجبر الممتنع منهما على البناء أم لا ؟

فيه قولان[٩] :

١- فى م : السفل .

٢- الأم ٣/٢٣١ ، المهذب ١/٣٣٧ ، فتح العزيز ١٠/٣٢٠ ، الروضة ٤/٢١٦ ، مغنى المحتاج ٢/١٩٠

٣- هذا لا يناقض حكمة السابق ص ١٣٩ : أن السقف بينهما - لأن المقصود هنا لو كان أحدهما تفرد ببناء السقف فيختص به .

٤- سقطت من : د .

٥- سقطت من : أ .

٦- الأم ٣/٢٣١ ، المهذب ١/٣٣٧ ، روضة الطالبين ٤/٢١٦ ، مغنى المحتاج ٢/١٩٠ .

٧- فى الحالة الرابعة .

٨- فى ب و جـ و د : من .

٩- المنصوص عليه فى باب الصلح من الأم والمختصر أنه لا يجبر صاحب السفل على البناء وهو القول الجديد - قال عنه النووى فى الروضة : والأظهر عند جمهور الأصحاب هو الجديد .

الأم ٣/٢٣١ ، المختصر ٢٠٤ ، وانظر : المهذب ١/٣٣٧ ، التنبيه ٧٤ ، فتح العزيز ١٠/٣٢٠ ، حلية العلماء ٥/١٩ ، روضة الطالبين ٤/٢١٦ ، مغنى المحتاج ٢/١٩٠ ، نهاية المحتاج ٤/٤١١ - ٤١٢ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ٢/٣١٦ ، أسنى المطالب ٢/٢٢٤ .

أحدهما - وهو قوله في القديم- وبه قال مالك[1]: [2]

أنه يجبر الممتنع على البناء ليصل الآخر إلى حقه .

لقوله صلى الله عليه وسلم : «لا ضرر ولا إضرار ، من ضار أضر الله به ، ومن شاق شق الله عليه »[3].

فلما نفى لحوق الإضرار دل على وجوب الإجبار .

١- في مذهب الإمام مالك روايتان كالقولين عند الشافعية : أقواهما الإجبار والإجبار عندهم فيما لا ينقسم فيعمر الشريك أو يبيع وأما ما أمكن قسمته فيقسم .

مواهب الجليل للحطاب ٥/ ١٥٠ ، الكافي في فقه أهل المدينة ٢/ ٩٤٢ ، ٩٥٠ ، جواهر الإكليل ٢/ ١٢١ ، الخرشي ٦/ ٥٦ ، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٦٥ ، قوانين الأحكام ٣٦٩ .

٢- وعند الحنابلة روايتان كالقولين عند الشافعية أصحهما يجبر .

المغني ٤/ ٣٨٤ ، الكافي ٢/ ٢١٦ الشرح الكبير ٣/ ٢٢ ، الفروع ٤/ ٢٨٣ ، الإنصاف ٥/ ٢٦٥ ، شرح المنتهى ٢/ ٢٧١ ، كشاف القناع ٣/ ٤٠٣ .

أما الحنفية فقد ذكر المصنف مذهبهم ص ١٤٨.

٣- رواه البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٦٩ من حديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً بلفظ يقارب ما ذكره المنصف ونصه «لاضرر ولا ضرار ، من ضار ضره الله ، ومن شاق شق الله عليه »

ورواه الحاكم في المستدرك ٢/ ٥٧ والدار قطني في سننه ٤/ ٢٢٨ رقم ٨٥ بلفظ : «لا ضرر ولا ضرار»

وقال البيهقي : تفرد به عثمان بن محمد عن الدار وردي .

وورد مرفوعاً من طريق لؤلؤة عن أبي صرمة عند :

أبي داود في سننه ٤/ ٥٠ ك الأقضية ١٨ أبواب من القضاء ٣١ رقم ٣٦٣٥

بلفظ «من ضار أضر الله به ، ومن شاق شق الله عليه »

والترمذي في الجامع ١/ ٣٣٢ ك : البر والصلة ٢٨ باب ماجاء في الخيانة والغش ٢٧ رقم ١٩٤٠ بنحو رواية أبي داود وقال : حديث حسن غريب .

وابن ماجه في سننه ٢/ ٧٨٤ ك : الأحكام ١٣ ب : من بنى في حقه ما يضر بجار ١٧٥ رقم ٢٣٤٢ بنحوه .

وفي إسناده :«لؤلؤة مولاة الأنصار : مقبولة من الرابعة - كما في التقريب ٢/ ٦٥٨ .

وروي من حديث عبادة بن الصامت عند ابن ماجة في المصدر السابق برقم ٢٣٤٠ ، وأحمد ٥/ ٣٢٧ بلفظ : «لا ضرر ولا ضرار» وقد رواه إسحاق بن يحيى بن الوليد عن جده عبادة ولم يدركه ، ثم هو مجهول الحال - التقريب ١/ ٨٦ .

ومن حديث ابن عباس بلفظ «لاضرر ولا ضرار» في : مسند أحمد ١/ ٣١٣ وسنن ابن ماجة ٢/ ٧٨٤ برقم ٢٣٤١ ، وفي إسناده جابر الجعفي (ضعيف رافضي) كما في التقريب ١/ ١٥٤ .

ورواه الدار قطني في سننه ٤/ ٢٢٨ رقم ٨٣ من حديث عائشة مرفوعاً بلفظ : « لا ضرر ولا ضرار » .

وفي إسناده الواقدي - وهو متروك كما في التقريب ٢/ ١١٧ .

ورواه مالك في الموطأ ٢/ ٢١٨ ك : الأقضية ب : القضاء في المرفق ..

من حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ «لا ضرر ولا ضرار» ويحيى لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم فحديثه عنه مرسل .

ورواه الشافعي من طريق مالك بالإسناد السابق في مسنده - مع الأم - : ٨/ ٥٢٨ .

وبعد هذا فإن أقوى أسانيد الحديث ما ورد من طريق لؤلؤة عن أبي صرمة الصحابي وقد حسنه الترمذي .

ولما روي أن الضحاك[١] بن خليفة أنبع ماء بالعُرَيض[٢] ، وأراد أن يجريه إلى أرضه فلم يصل إليه إلا بعد إمراره على أرض محمد[٣] بن مسلمة[٤] ، فامتنع محمد من ذلك وتخاصما إلى عمر رضى الله عنه فقال عمر لمحمد بن مسلمة : (ليمرنّ به/أو أمرّه على بطنك)[٥].
وروى أنه قضى على بعض الأنصار بمثل ذلك[٦] لعبد الرحمن[٧] [بن عوف[٨]][٩] .

١- الضحاك بن خليفة الأشهلي ؛ ذكره ابن سعد فى الطبقات الكبرى : ٤٤٧/٣ ، ٥٢٠ ، ٣١٥/٦ ، ٣٣٥/٨ .
ولم أجد من ترجم له .
٢- العُرَيض بضم العين وفتح الراء : واد بالمدينة .
معجم البلدان ١١٤/٤ ، المغانم المطابة ٢٦٠ ، القاموس المحيط ٨٣٥ .
٣- محمد بن مسلمة بن سلمة الأوسي الأنصاري ، أبو عبد الرحمن المدنى ، صحابى جليل ، أسلم على يد مصعب بن عمير ، وشهد بدراً وما بعدها إلا تبوك فقد استخلفه النبى صلى الله عليه وسلم على المدينة ، كان شجاعاً عابداً ، اعتزل الفتنة فلم يشهد الجمل ولا صفين ، توفى بالمدينة سنة ست وأربعين ٤٦ هـ رضي الله عنه .
الإصابة ٣٨٣/٣ ، الاستيعاب ٣٣٤/٣ ، تهذيب الأسماء ٩٢/١ ، تهذيب التهذيب ٤٥٤/٩ .
٤- فى م : محمد بن سلمة .
٥- هذا الأثر أخرجه مالك فى الموطأ ٢١٨/٢ ك : الأقضية ب : القضاء فى المرفق .
عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاله فذكر معناه .
وأخرجه الشافعى فى مسنده مع الأم ٥٢٨/٨ من طريق مالك به .
وهو صحيح لأن عمرو بن يحيى وأباه من الثقات كما فى تقريب التهذيب ٧٤٩/١ ، ٣١١/٢ .
٦- هكذا فى : م - وفى النسخ الأربع الأخرى : قضى لبعض الأنصار على عبد الرحمن - وما فى م موافق للرواية .
٧- هو أبو محمد عبد الرحمن بن عوف القرشى الزهرى ، صحابى جليل ، من العشرة المبشرين بالجنة ومن الثمانية السابقين للإسلام ومن أهل الشورى الستة ، هاجر الهجرتين ، شهد بدراً وبيعة الرضوان والمشاهد ، كان كثير الإنفاق فى سبيل الله .له مناقب عظيمة توفى سنه اثنتين وثلاثين ٣٢ هـ رضي الله عنه .
الإصابة ٤١٦/٢ ، الاستيعاب ٣٩٣/٢ ، حلية الأولياء ٩٧/١ ، تهذيب الأسماء واللغات ٣٠٠/١ .
٨- ليست فى : ب و جـ وتكررت فى : د .
٩- رواه الإمام مالك فى الموطأ ٢١٩/٢ ك : الأقضية ب: القضاء فى المرفق :
عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه كان فى حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط هى أقرب إلى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبدُ الرحمن ابن عوف عمرَ بن الخطاب فى ذلك فقضى لعبد الرحمن بتحويله .
وقد أخرجه الإمام مالك بعد خبر محمد بن مسلمة السابق بنفس إسناده .

وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بمثل ذلك للزبير بن العوام[١] على بعض الأنصار - حتى قال الأنصاري : (وأن كان ابن عمتك) ؟ !

فتمعّر[٢] وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم[٣]، فأنزل الله تعالى:

«فلا وربك لايؤمنون حتى يحكّموك فيما شجر بينهم ».[٤]

فلما جاء الخبر والأثر بمثل ما ذكرنا لزوال الضرر عن الجار [دل][٥] على أن الضرر يزال بالإجبار .

١- أبو عبد الله الزبير بن العوام بن خويلد القرشي الأسدي ابن عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم صفية ، أحد العشرة المبشرين بالجنة ، أسلم وعمره خمس عشرة سنة ، وكان من الستة أهل الشورى بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، هاجر الهجرتين وكان أول من سل سيفا في سبيل الله ، شهد بدراً والمشاهد الأخرى .

شارك في فتح مصر وشهد وقعة الجمل ثم انصرف عن القتال فلحق به جماعة فقتلوه سنة ست وثلاثين ٣٦ هـ رضي الله عنه .

الإصابة ١/٥٤٥ الاستيعاب ١/ ٥٨٠ ، حلية الأولياء ١/ ٨٩ ، تهذيب الأسماء واللغات ١/ ١٩٤ .

٢- أي تغيّر ،، وأصله قلة النضارة وعدم إشراق اللون .

هدي الساري ١٩٩ ، النهاية في غريب الحديث ٤/٣٤٢ ، القاموس المحيط ٦١٤ .

وورد الحديث في الصحيحين بلفظ «فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

٣- ذكره المصنف بمعناه وهو متفق عليه :

صحيح البخاري : كتاب الشرب والمساقاة ٤٢ باب سكر الأنهار ٦ رقم ٢٣٥٩ جـ ٥ /٤٢ وكتاب التفسير ٦٥ باب (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك » ١٢ النساء رقم ٤٥٨٥ جـ ٨ /١٠٣ .

صحيح مسلم : كتاب الفضائل ٤٣ باب وجوب اتباعه صلى الله عليه وسلم ٢٣٥٧/٣٦ رقم ١٢٩ جـ ٤/١٨٢٩ . ونصه عند البخاري : عن عروة عن عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أنه حدثه أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند النبي صلى الله عليه وسلم في شراج الحَرّة التي يسقون بها النخل فقال الأنصاري : سرح الماء يمر فأبى عليه فاختصما عند النبي صلى الله على وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير : «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك » فغضب الأنصاري فقال : أن كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال « اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر » .

فقال الزبير : والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم »

٤- النساء : ٦٥ .

٥- سقطت من : د .

ولأنه لما استحقت بالشفعة[١] لزوال الضرر بها ، ووجبت[٢] القسمة إذا دعا إليها أحد الشريكين - لينتفي الإضرار معها - كان وجوب المباناة مع[٣]ما فيها من تضاعف الضرر أولى.

والقول الثاني - قاله في الجديد[٤]، وهو الصحيح[٥]. وبه قال أبو حنيفة[٦]: أنه لا إجبار فى ذلك ، ويترك كل واحد منهما إلى أن يختار البناء .

١- فى ب و جـ و د و م : الشفعة .

٢- فى أ و ب و جـ : وجبت .

٣- فى ب و د : معها .

٤- سبقت مصادر الشافعية ص ١٣٩ .

٥- قال النووى فى الروضة ٢١٦/٤ : (لم يبين الرافعى الأظهر من القولين وهو من المهمات . والأظهر عند جمهور الأصحاب هو الجديد .

ممن صرح بتصحيحه : المحاملى والجرجانى وصاحب التنبيه وغيرهم .

وصحح صاحب الشامل القديم ، وأفتى به الشاشى وقال الغزالى فى الفتاوى : الأقيس أنه يجبر .

وقال : الاختيار إن ظهر للقاضى أن امتناعة مضارة أجبره ، وإن كان لإعسار أو غرض صحيح أو شك فيه لم يجبر .

وهذا التفصيل الذى قاله - وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإجبار فالمختار الجارى على القواعد : أن لا إجبار مطلقاً . والله أعلم) .

وانظر التنبيه ٧٤ ، مغنى المحتاج ١٩٠/٢ .

٦- فرق الحنفية بين بناء الجدار وعمارة السفل وبين إصلاح البئر المشترك والدولاب فلا يجبر فى الأول كما ذكر المصنف لكن يجبر على المباناة فى بئر مشترك انهدم ونحوه - للضرورة .

انظر : المبسوط ٩٢/١٧ ، ١٥٩/٢٠ ، بدائع الصنائع ٤٠١٣/٨ .. مختصر الطحاوى ٩٩ ، فتح القدير ٣٢٢/٧ ، الهداية ٤٤٢/٤ ، تبيين الحقائق ٦٦/٣ ، البحر الرائق ٣٠/٧ ، معين الحكام ١٦٤ ، الفتاوى الهندية ١٠٣/٤ ، مجمع الأنهر ١٧٥/٢ ، ٥٦٤/٢ .

لقوله صلى الله على وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه »[١].

[فلم يجب أن يجبر على إنفاق ماله بغير طيب نفس منه][٢].

ولأنه لا يجبر على عمارة ملكه ، ولا على عمارة ملك غيره فى حال الانفراد ؛ فوجب ألا يجبر على عمارتها[٣] فى حال الاشتراك كالزرع والغراس طرداً ، وكنفقة البهائم عكساً[٤].

١- خرجه من حديث أبى حرة الرقاشي عن عمه عن النبى صلى الله عليه وسلم به :
أحمد فى مسنده ٧٢/٥ . ، والبيهقى فى السنن الكبرى ١٠٠/٦ ، الدار قطنى فى سننه كتاب البيوع ٢٦/٣ رقم ٩٢ .
وفى سنده علي بن زيد بن جدعان ضعيف كما فى تقريب التهذيب ٦٩٤/١ ، ميزان الاعتدال ١٢٧/٣، ورواه الدار قطنى من حديث أنس بلفظ « لا يحل مال أمرىء مسلم إلا بطيب نفسه »
كتاب البيوع ٢٦/٣ رقم ٩١ وفى سنده الحارث بن محمد الفهرى مجهول ويحيى بن أبي قتيلة صدوق وربما وهم . انظر التقريب ٢٩٥/٢ والتعليق المغنى ٢٦/٣ .
ومن حديث أبى حميد الساعدى رواه :
أحمد ٤٢٥/٥ ، البيهقى ١٠٠/٦ ، الطحاوى فى مشكل الآثار ٤١/٤ ، بنحوه ، وصححه ابن حبان ١١٦٦ .
وقال الهيثمي فى مجمع الزوائد : ١٧١/٤ (رواه أحمد والبزار ورجال الجميع رجال الصحيح) .
ورواه من حديث عمرو اليثربى :
أحمد ٤٢٣/٣ ، البهيقى ٩٧/٦ ، الدار قطنى ٢٦/٣ رقم ٩٠ الطحاوى فى مشكل الآثار ٤٢/٤ بنحوه .
وسنده حسن فإن مداره على عبد الملك بن الحسن الأحول ، قال الحافظ فى التقريب ٤١٦/٢ : لا بأس به.
وكذا رواه البيهقى فى السنن الكبرى ٩٧/٦ من طريق أبى أويس عن أبيه عن عكرمة عن ابن عباس - فذكر معناه .
وابن أبي أويس صدوق أخطأ ، وأبوه صدوق يهم - كما في التقريب ٩٦/١ ، ٥٠٥ .
قال الحافظ فى التلخيص ٤٦/٣ : وحديث أبى حميد أصح ما فى الباب .
٢- سقط من : أ و م .
٣- فى أ و م : عمارته .
٤- الطرد والعكس مصطلحان عند الأصوليين وغيرهم .
فالطرد من معانيه لغة تتابع أفراد الشىء وجريان بعضها مجرى البعض الآخر .
المصباح المنير ٣٧٠ ، القاموس المحيط ٣٧٨ .
أما فى اصطلاح الأصوليين فهو مقارنة الحكم للوصف بلا مناسبة لا بالذات ولا بالتبع .
المحلي على جمع الجوامع ٢٩١/٢ ، نهاية السول ١٣٥/٤ ، إرشاد الفحول ٢٢٠ ، شرح الكوكب ١٩٥/٤.
أما العكس لغة فهو : قلب الشىء ورد أوله على آخره .
المصباح ٤٢٤ ، القاموس ٧٢٠ ، التعريفات ١٥٣ .
واصطلاحاً : انتفاء الحكم لانتفاء العلة .
المستصفى ٣٣٦/٢ ، نهاية السول ١٨٤/٤ ، تيسير التحرير ٢٢/٤ ، شرح الكوكب ٦٧/٤ .
ومقصود المصنف من التعليل - كما ظهر لي - أن الإنسان لا يجبر على البناء مع شريكه كما لا يجبر على سقي زرعه أو زرع شريكه - فهذا الطرد - حيث لم يجبر فى الحالتين .
أما العكس فهو أنه يجبر على سقى بهائمه وبهائم غيره إذا احتاجت الماء وفضل عنده بلا فرق .
فكما لم نفرق هنا لا نفرق بين حالى الاشتراك والانفراد فى ملك الجدار - ففى حال الانفراد لا إجبار فكذا فى حال الاشتراك - والله أعلم .
يؤكد ذلك قول الإمام الشافعى فى الأم ٥٠/٤ : (وكل ماء ببادية يزيد فى عين أو بئر أو غيل أو نهر بلغ مالكه منه حاجته لنفسه وماشيته وزرع - إن كان له - فليس له منع فضله عن حاجته من أحد يشرب أو يسقى ذا روح خاصة - دون الزرع ، وليس لغيره أن يسقى منه زرعاً ولا شجراً إلا أن يتطوع بذلك مالك الماء)
وانظر : المختصر ٢٣٢ ، المهذب ٤٢٨/١ ، روضة الطالبين ٣٠٩/٥ ، مغني المحتاج ٣٧٥/٢ .

ولأنه لا [يخلو أن][1]يكون الإجبار لمصلحة نفسه ، أو لمصلحة غيره :
وقد تقرر أنه لا يجبر على واحد منهما .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا إضرار »[2] فهو :
أنه ليس استعماله فى نفي[3] الضرر عن الطالب بإدخاله على المطلوب بأولى من نفيه عن[4] المطلوب بإدخاله[5] على الطالب ؛ إذ ليس يمكن نفيه عنهما .

فتنافى[6] الأمران[7] فيه فسقط الاستدلال بظاهره[8].

وأما حديث عمر فهو : قضية فى عين لا يجوز أن يستدل بعمومها .

ولعل إجراء الماء كان مستحقاً من قبل إذ[9] بالإجماع :
لا يلزم أحداً أن يجرى ماء غيره على أرضه[10].

وكذلك حديث الزبير .

وأما استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بها فلأنه لا يدخل على الغير[11] إضرار بها - لأنه[12] قد يأخذ ما وزن[13][14].

وليس كذلك فى العمارة والمباناة[15].

وأما القسمة فليست غرما[16]- وإنما هى لتمييز الملكين وإقرار الحقين[17]- والعمارة غرم محض فافترقا .

١- سقط من : د .
٢- سبق تخريجه ص ١٤٥ .
٣- فى جـ : نفس .
٤- فى ب و د : على .
٥- فى أ : وإدخاله .
٦- فى جـ و م : فتناوب .
٧- فى أ : الأمر .
٨- أسقط المصنف الاستدلال بظاهر الحديث لأن فيه نفى الضرر عموماً والقول بإجبار الشريك على العمارة فيه ضرر عليه فليس رفع الضرر عن الشريك الذى يريد العمارة بأولى من رفعه عن الشريك الممتنع عنها - فتعارض الأمران - فلا يزال الضرر بالضرر .
وانظر : فتح العزيز ٣٢٠/١٠ ، المغنى لابن قدامة ٣٨٤/٤ .
٩- فى أ : لأن بالإجماع وفى جـ و د : إن بالإجماع ، وفى م : لأن الإجماع .
١٠- الذى وجدته فى هذه المسألة أن الخلاف واقع فيها عند الشافعية وغيرهم .
وفى روضة الطالبين ٢٢١/٤ إن عدم الإجبار هو المذهب وحكى قول قديم أنه يجبر ، وخبر محمد بن مسلمة السابق ص ١٤٦ يؤيد الإجبار.
وانظر : فتح العزيز ٣٢٧/١٠ ، الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى ١٤/٣ .
١١- فى : فى ب و جـ و د : على العبد .
١٢- فى أ : لأنها .
١٣- فى ب و م : ما قدر
١٤- أى أن المشترى لا يتضرر عندما يؤخذ ما اشتراه بالشفعة لأنه يرد له ما دفع ، وكذلك البائع لن يتضرر لأنه سيأخذ ثمن ملكه من الشفيع .
١٥-انظر : المبسوط ٩٢/١٧ ، بدائع الصنائع ٤٠١٣/٨ ، العناية على الهداية ٣٢٢/٧ ، المغنى ٣٨٤/٤ ، الشرح الكبير للمقدسي ٢٣/٣ .
١٦- الغرم : ما يلزم أداؤه ، وكذلك الغرامة والمغرم ، والغرم : الدين .
الصحاح ١٩٩٦/٥ ، اللسان ٣٣١/١٥ ، المصباح المنير ٤٤٦ القاموس المحيط ١٤٧٥ .
١٧- فى جـ : لتمييز الحقين وإقرار الملكين .

أ- فصل : (**ما يترتب على كل من القولين فى إجبار الشريك على العمارة**).

فإذا تقرر ما ذكرنا من القولين :

فإن قلنا بإجباره على العمارة - على قوله القديم - :

فإن [١] كان موسراً أخذ بالعمارة فى الحال .

فإن [١] كان [فى] [٢] حائط مشترك كانت النفقة بينهما على قدر الملكين .

وإن كان فى سفل وعلو اختص صاحب السفل بعمارة سفله ، وانفرد صاحب العلو بعمارة علوه، واشتركا فى السقف الذى بينهما . [٣]

وإن كان الممتنع معسراً قيل للطالب الداعى إلى العمارة :

صاحبك معسر ، وأنت بالخيار بين أن تعمر جميعه بمالك ، وترجع على صاحبك إذا أيسر بقدر حصته ، [أو تكفّ] [٤].

فإن بادر الطالب بعمارة ذلك من غير استئذان حاكم نظر :

فإن كان الممتنع موسراً [لم يكن له الرجوع عليه بشىء ، / وصار متطوعاً بالنفقة .

وإن كان معسراً] [٥] ففي رجوعه وجهان : [٦]

P ٩٣

١- فى أ و جـ : وإن .

٢- سقطت من : د .

٣- الأم ٣/٢٣١ ، المهذب ١/٣٣٧ ، فتح العزيز ١٠/٣٢١ ، روضة الطالبين ٤/٢١٧ .

٤- سقطت من : أ ، وفى د : أن تكف .

٥- سقط من : د .

٦- المهذب ١/٣٣٧ ، حلية العلماء ٥/١٩ ، فتح العزيز ١٠/٣٢١ ،الروضة ٤/٢١٧ ، مغني المحتاج ٢/١٩٠ ، نهاية المحتاج ٤/٤١٢ ، أسنى المطالب ٢/٢٢٤ .

قال النووي في الروضة ٤/٢١٧ عندما عرض الأقوال فى الرجوع أو عدمه :

(فلو أستقل به الشريك فلا رجوع على المذهب . وقيل : قولان : القديم : نعم ، والجديد : لا .

وقيل يرجع فى القديم ، وفى الجديد قولان .

وقيل : إن لم يمكنه عند البناء مراجعة الحاكم رجع ، وإلا فلا)

وصحح الشاشي فى الحلية عدم الرجوع .

أحدهما : يرجع عليه بالنفقة إذا أيسر [بها][١].

لأنها مستحقة شرعاً - وإن لم يؤذن فيها حكما .

والوجه الثانى - وهو أظهر - : لا رجوع له بها .

للاختلاف فيها ، فلم يستقر وجوبها إلا بحكم .

فعلى الوجه الأول : للبانى[٢] أن يمنع شريكه من بيع حصته ، والانتفاع بها إلا بعد أخذ نفقته.

فتصير كالمرهونة[٣] بها - وهو قول أبى حامد المروروذى .

وعلى الوجه الثانى : ليس له منعه من البيع ، والانتفاع به .

لأنه لا رجوع له بسببها - وهو قول الجمهور .

وإذا قلنا بقوله الجديد - أنه لا إجبار فى العمارة - تركا ، ومنعا من المخاصمة ، وقيل لطالبها: إن شئت أن تعمر متطوعاً لتصل إلى حقك لم تمنع ، ولا رجوع [لك][٤] بشىء من نفقتك ، ولا لك منع صاحبك من بيع حصته والانتفاع بها.[٥][٦]

١- سقطت من : د .

٢- فى أ : ليس للبانى ، وفى م : ليس للثانى .

٣- فى م : كالمرهون

٤- سقطت من : د .

٥- فى أ : والانتفاع به .

٦- المصادر السابقة (هامش ٦) .

٢١- مسألة : (**لو انهدم البيت المشترك فأراد صاحب العلو أن يبنيه كله**) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : (فإن تطوع صاحب العلو بأن[١] يبنى السفل كما كان ، [ثم يبنى عليه علوه كما كان][٢] فذلك له .

وليس له منع صاحب السفل من سكناه[٣])[٤] .

وهذا صحيح .

ليس لصاحب السفل منع صاحب العلو من بناء السفل والعلو .

لأنه لا يصل إلى حقه من العلو إلا ببناء السفل .

ولا رجوع له بالنفقة على القولين ، لأنه صرّح بالتطوع بها .

ولا له إذا بنى أن يمنع صاحب السفل من سكنى سفله .

لأنه حق له فلم يجز أن يمنع منه[٥] .

فأما الارتفاق/بحائط السفل : ٩٣ب

فإن كان قد بناه صاحب العلو بآلة صاحب السفل لم يكن له منعه من الارتفاق بحائطه - كما جرت العادة به .

وإن كان قد بناه بآلة نفسه فله أن يمنعه من التصرف فيه ، والاستناد إليه[٦] .

ولا يمنعه من الجلوس فى القرار والارتفاق [به][٧] .

فلو كان له من قبل رسم[٨] فى وضع جذع أو نصب رف أو إيتاد وتد كان له منعه من ذلك - وإن كان الرسم من قبل ذلك جاريا به .

لأن رسمه كان فى حائطه المبنى بآلته[٩] .

١- فى د : أن .

٢- سقط من : د .

٣- فى أ : من سفله ، وفى ب و د : من سكنه ، وفى جـ : من سكته ، وأثبت ما فى المختصر و م .

٤- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٣/٢٣١ .

٥- المهذب ١/٣٣٧ ، فتح العزيز ١٠/٣٢٣ ، روضة الطالبين ٤/٢١٧ ، ٢١٨ ، مغنى المحتاج ٢/١٩٠ ، ١٩١ ، الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/٥٩ ، نهاية المحتاج ٤/٤١٢ ، حاشيتى قليوبي وعميرة ٢/٣١٦ ، أسنى المطالب ٢/٢٢٤ .

٦- نقل الشاشى المروزى فى حلية العلماء ٥/١٩ وجهاً بجواز الاستظلال به والاستناد إليه ثم قال (وحكى فى الحاوى أنه لا يجوز الاستناد إليه ، والأول أصح) .

٧- سقطت من : أ و م .

٨- فى ب و جـ : رسمه

والرسم هو الأثر والبقية ، والعلامة . المصباح المنير ٢٢٧ ، القاموس ١٤٣٨ ، النظم المستعذب ١/٣٣٦.

٩- المصادر السابقة (هامش ٥) .

٢٢- مسألة : (**إذا بنى صاحب العلو البيت المشترك كله ثم أراد هدمه**) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : (ونقض[١] الجدرانات له ، متى شاء أن يهدمها هدمها)[٢].

وهذا كما قال .

إذا تطوع صاحب العلو ببناء السفل ثم أراد هدمه لم يخل [حال][٣] الآلة [٤] التى بنى بها السفل من : أن تكون ملكه ، أو ملكاً لصاحب السفل[٥]:

فإن كانت ملكا لصاحب السفل فهو متطوع بالنفقة ، وليس له هدم البناء .

لأن النفقة أثر لا عين ، وليس له فى هدم ذلك[٦] نفع ؛ فصار كمن غصب نُقرة[٧] فضربها دراهم ، أو غزلا فنسجه ثوباً ، أو طينا فضربه لَبِنا[٨]- لم يكن له إعادة الدراهم نقرة ، والثوب غزلاً ، واللبن طيناً لأنه عبث[٩] لا يستفيد به نفعاً .

وإن كانت الآلة - من الآجر[١٠]والجص واللبن والطين - ملكا لصاحب العلو : فله هدم ذلك ، وأن يسترجع آلته[١١].

ليصل بذلك إلى عين ماله .

١- فى أ و ب : ونقص .

٢- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٢٣١/٣ .

٣- سقطت من : أ و م .

٤- الآلة هنا هى المواد التى تم بها البناء كالأسمنت أو الطين واللبن والآجر والجصّ - كما قال المصنف هنا وانظر لسان العرب - مادة (أول) ، القاموس ١٢٤٥

فهذه عين شارك بها صاحب السفل أما النفقة على البناء فهى أثر وجهد من صاحب العلو وليست عينا فلم يستحق هدم ما بناه .

٥- فى د : العلو .

٦- فى ب : وليس له هدم فى ذلك .

٧- النُقرة : بضم النون المشددة وسكون القاف القطع المذابة من الذهب والفضة وقيل : ما سبك مجتمعاً منهما والجمع نِقار .

الصحاح ٥٧٦/٢ ، لسان العرب ٨٧/٧ ، المصباح المنير ٦٢١ ، القاموس المحيط ٦٢٦ .

٨- اللَّبِن واللِّبْن : ما يبنى به وهو المضروب من الطين مربعا .

الصحاح ٢١٩٢/٦ ، لسان العرب ١٧ / ٢٥٨ ، القاموس ١٥٨٦

٩- فى م : عيب .

١٠- الآجر والأُجُر : طبيخ الطين ، وهو الذى يبنى به .

الصحاح ٥٧٦/٢ ، لسان العرب ٦٧/٥ ، المصباح ٦ .

١١- فى أ : إليه .

فإن بذل له صاحب السفل قيمة ذلك[1]:

فهل يجبر صاحب العلو على قبولها ، أم لا ؟

على ما ذكرنا من القولين[2].

إن قيل إن صاحب السفل[3] يجبر على/البناء [4][إذا سأله صاحب العلو[5][فإن صاحب العلو][5] يجبر على أخذ القيمة إذا بذلها صاحب السفل .

لأنه بذل له مالو طولب[6] به من قبل للزمه .

وإن قيل : صاحب السفل لا يجبر على البناء][4]: لم يجبر صاحب العلو [7] على أخذ القيمة - إذا تطوّع بالبناء .

لأنه بذل له مالو طولب به لم يلزمه[8].

١- فى حلية العلماء ٥/ ٢٠ (فقد ذكر فى الحاوى فى وجوب القبول عليه قولين بناء على القولين فى المياناة، وهو سهو - بل يجبر قولاً واحداً) ، والذى فى روضة الطالبين ٤/ ٢١٧ موافق لما ذكره المصنف - وانظر المهذب ١/ ٣٣٧ .

٢- القولان ص ١٤٤.

٣- فى د : العلو .

٤- سقط من : أ .

٥- سقط من : جـ و م .

٦- فى جـ : طالب به .

٧- فى د : صاحب السفل .

٨- الأم ٣/ ٢٣١ ، المهذب ١/ ٣٣٦ ، حلية العلماء ٥/ ٢٠ ، فتح العزيز ١٠/ ٣٢١ ، روضة الطالبين ٤/ ٢١٧ ، مغنى المحتاج ٢/ ١٩٠ ، أسنى المطالب ٢/ ٢٢٤ .

٢٣ – مسألة : (حكم إجبار الشركاء فى نهر أو بئر على إصلاحه - وما يترتب على ذلك) :

قال الشافعي – رحمه الله تعالى – : (وكذلك الشركاء فى نهر أو بئر – لا يجبر أحدهم[١] على الإصلاح لضرر ولا غيره .

ولا يمنع المنفعة .

فإن أصلح غيره فله عين ماله متى شاء نزعه)[٢] .

وهذا على ما ذكرنا من القولين فى الشركاء إذا كان بينهم نهر فاستد[٣] ، أو عين فغارت[٤] ، أو بئر فانطمت[٥] ؛ ودعا بعضهم إلى حفر ذلك وإصلاحه ، وامتنع الباقون : فهل يجبر الممتنعون ، أم لا ؟ .

على قولين[٦] :

على قوله فى القديم : يجبرون ، وعلى قوله فى الجديد : لا يجبرون – فإن اختاروا جميعا حفره [وإلا تركوا][٧] .

١- فى النسخ المصورة : أحدهما ، وأثبت ما فى المختصر و م .

٢- المختصر ٢٠٤ ، الأم ٢٣١/٣ .

٣- فى أ و م : فأفسد .

٤- التغور : الدخول فى الشيء ، كالغؤور والغيار وذهاب الماء فى الأرض – .
المصباح المنير ٤٥٦ ، القاموس ٥٨١ .

٥- طَمَّ الماء طمّاً وطموما غمر ، .. وطم الركيّة يطمّها : دفنها وسواها .
الصحاح ١٩٧٦/٥ ، لسان العرب ٢٦٣/١٦ ، القاموس ١٤٦٣ .

٦- الأم ٢٣١/٣ ، المختصر ٢٠٤ ، وانظر : فتح العزيز ٣٢١/١٠ روضة الطالبين ٢١٦/٢ ، مغنى المحتاج ١٩٠/٢ ، ص ١٤٤ .. مما سبق .

٧- سقطت من : جـ .

وإذا اجتمعوا على [الحفر] [١] - جبراً أو اختياراً - فقد اختلف الناس في مؤونة الحفر [٢] : كيف تكون بينهم ؟

فذهب أبو حنيفة إلى أن أهل النهر يجتمعون مع الأول فيحفرون معه ، حتى إذا انتهى الأول [إلى] [١] آخر ملكه خرج وحفر الباقون مع الثاني ، وخرج عند آخر ملكه ، وحفر الباقون مع الثالث هكذا ..

حتى ينتهى [إلى] [١] الأخير [٣] فينفرد وحده بحفر ما يليه . [٤]

قال : وإنما كان كذلك لأن [٥] ماء أهل النهر كله يجرى على الأرض التى للأول ؛ فوجب أن يشتركوا جميعاً في حفره . وليس يجرى ماء الأول على الثانى فلم يلزمه أن يحفر معه .

١- سقط من : د .

٢- المؤونة : بالهمز وبدونه من الأين - وهو التعب والشدة - وقيل من : الأون . والمراد بها النفقة والثقل .

المصباح المنير ٥٨٦ ، القاموس ١٥٩٥ ، تصحيح التنبيه ٤١ .

٣- في جـ : إلى الآخر .

٤- هذا مذهب الإمام أبى حنيفة - دون صاحبيه فإنهما قالا : يشتركون جميعاً من أوله إلى آخره بالحصص لأن الأول يستفيد من ذهاب الفاضل عنه إلى من بعده .

وحجة الإمام أن الأول إنما ينتفع بالماء الذى في موضع شربه فيختص بالمؤونة في حدوده .

ومذهب الحنابلة توزع النفقة على الشركاء حسب ملكهم - وهذا إذا تساووا في القرب من أول النهر - فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض اشترك الكل في إصلاحه إلى أن ينتهوا من الأول ، ثم لاشيء عليه ، ويشترك الباقون حتى ينتهى الثاني وهكذا .

انظر : المبسوط ١٧٣/٢٣ ، ١٧٤، الهداية ٤٤٣/٤ ، الاختيار ٧٣/٣ ، تبيين الحقائق ٤٠/٦ ، البحر الرائق ٢٤٤/٨ ، فتح القدير ومعه العناية ٨٢/١٠ ، مجمع الأنهر ٥٦٤/٢ .

والمغنى لابن قدامه ٤٣٦/٥ ، الشرح الكبير ٣٨٩/٣ ، شرح المنتهى ٢٧٢/٢ ، كشاف القناع ٤٠٣/٣ .

٥- في د : لأنما .

ب
٩٤

وذهب الشافعي والجمهور [(١)] [إلى أن] [(٢)] مؤونة الحفر مقسطة بينهم على قدرأملاكهم . [(٣)]

٩٤ ب

إلاّ أن منهم من قسّطها / على مساحات الأرضين وقدر جريانها . لأن الماء الجارى فيه يسحّ عليها على قدر مساحتها وجريانها .

ومنهم من قسّطها على مساحات وجوه [(٤)] الأرضين التي على النهر - وهو أشبه بمذهب الشافعي وقول أصحابه . [(٥)]

لأن مؤونة الحفر تزيد بطول مساحة الوجه الذي على النهر ، وتقل بقصره ، فوجب أن يكون معتبرا به .

أ- فصل : (لو تطوع الشريك في البئر أو النهر بحفره أو نصب آلة الاستقاء عليه) :

وإذا تطوع بعض الشركاء في البئر أو النهر - بحفره :

لم يكن له منع باقى شركائه من الانتفاع بالسقي منه على ما كان مستحقاً من قبل .

لاشتراكهم [(٦)] فيه - وإن تفرّد هذا بآثار الحفر .

١- في د : والجمهور من أصحابنا .

٢- سقطت «إلى» من : د ، وسقطت «أن» من : ب .

٣- هذا مذهب الشافعية والحنابلة إذا تساوى الشركاء في القرب من النهر . وقاله صاحبا أبى حنيفة .
وقد تقدمت مصادر الحنفية والحنابلة (هامش ٤ ص ١٥٧) .
وهي عند الشافعية في :
المهذب ٤٢٨/١ ، الروضة ٣٠٧/٥ ، مغنى المحتاج ٣٧٥/٢ .
ولم أعثر على رأي المالكية في هذه المسألة .

٤- في جـ : وجود .

٥- الفرق بين الرأيين أن الأول يعتبر مساحة أرض كل واحد من الشركاء في تقدير النفقة فمن كانت أرضه أكثر مساحة تحمّل نفقة أكثر ممن هو دونه في ذلك .
والرأى الثاني يوزع النفقة بقدر ملك الشريك على حافة النهر دون الاعتبار بمساحة الأرض فلو كان طـول أرضه في اتجاه سـير النهـر دفع أكثر ممن كان عـرض أرضه كذلك - ولو تساوت المساحة والله أعلم .

٦- في أ و جـ و د : من قبل اشتراكهم فيه .

إلا أن تكون آلة قد نصبها لاستقاء [١] الماء - كالرشاء [٢] ودلو على بئر ، أو دولاب [٣] ، أو بكرة [٤] على بئر - فله منع شركائه من الاستقاء بآلته .

لأنها ملك له لا حق فيها لغيره .

فإن أرادوا تعليق رشاء ودلو، أو نصب دولاب وبكرة [٥] ؛ لم يكن له أن يمنعهم من ذلك .

لأن في منعهم من ذلك [منعاً] [٦] من استقاء الماء الذى هم فيه شركاء . [٧]

فإن كانت البئر لا تحتمل [٨] إلا رشاء ودلواً واحداً قيل له : أنت بالخيار بين : أن تمكنهم من السقى برشائك ودلوك ، وبين أن ترفع رشاءك عند اكتفائك - لينصبوا لأنفسهم رشاء ودلوا .

فإن رضي [بتمكينهم من السقى] [٩] برشائه ودلوه وأبو أن يستقوا [١٠] إلا برشائهم ودلوهم كان القول قولهم في وضع [١١] دلوهم / ٩٥ أ ورشائهم - ولم يلزمهم [١٢] الاستقاء بدلوه [١٣] ورشائه .

٩٥ م

١- في جـ : قد نصبها للماء .

٢- الرشاء : بالمد وكسر الراء هو الحبل ، جمعه أرشية يوصل به إلى الماء ثم يؤخذ بالدلو .
الصحاح ٢٣٥٧/٦ ، لسان العرب ٣٧/١٩ ، تهذيب الأسماء مج ٣/جـ١ ق٢ / ١٢١ . .

٣- الدولاب : يستقى عليه الماء وتديره الدابة ويقال بفتح الدال وضمها .
الصحاح ١٢٥/١ ، المصباح ١٩٨ ، القاموس المحيط ١٠٧ ، تهذيب الأسماء مج٣/جـ١ ق١٠٦/٢

٤- البكرة : بفتح الكاف وسكونها : يستقى عليها وهى خشبة مستديرة في وسطها محزّ للحبل وفي جوفها محور تدور عليه ، أو المحالة السريعة .
الصحاح ٥٩٦/٢ ، اللسان ١٤٦/٥ ، القاموس ٤٥١ .

٥- في ب و د : بقرة ، وفي جـ : نقرة .

٦- سقطت من : د .

٧- فتح العزيز ٣٢٢/١٠ ، روضة الطالبين ٢١٨/٤ وانظر ما سبق ص ١٥٣ .

٨- في د: لا تحمل .

٩- سقط من : جـ .

١٠ - في ب و جـ : يسقوا .

١١- في جـ : موضع .

١٢- في جـ و د : ولم يلزمه .

١٣- في جـ : بدلوهم ورشائه ا

لأنها عارية مضمونة ؛ فلم يجب عليهم التزام [١] ضمانها . [٢]

٢٤- مسألة : (كلامُ للشافعي يتعلق بإجبار الشريك على المباناة) :

قال المزني : (وقال في كتاب «الدعوى [والبينات] [٣] على كتاب اختلاف أبي حنيفة :

فإذا أفاد صاحب السفل مالاً أخذ منه [قيمة] [٤] ما أنفق في السفل .

قال المزني : الأول أولى بقوله .

لأن الثاني متطوع فليس له أخذه من غيره إلا أن يراضيه عليه) . [٥]

أما كتاب الدعوى على [كتاب] [٦] أبي حنيفة فمن كتب الشافعي في الجديد .

فاختلف أصحابنا فيما قاله فيه :

فذهب المزني وابن أبي هريرة إلى : أنه أجبر فيه على البناء والمحافرة [٧] - كما أجبر عليه في القديم . [٨]

فصار قوله [في القديم] [٩] وأحد قوليه في الجديد : وجوب المباناة والمحافرة .

فإن أعسر بها الممتنع وأنفق الطالب رجع عليه عند يساره بما أنفق - إذا كان قد أنفق بحكم حاكم .

وإن كان بغير حكم حاكم فعلى ما ذكرنا من الوجهين [١٠] .

١- في جـ : الالتزام بضمانها .

٢- المعنى أنهم لا يلزمون بقبول آلته التي نصبها لاستقاء الماء لأن قبولهم لها يلزمهم بضمانها لو تلفت لكونها عارية مضمونة .

٣- سقطت من : أ و ب و جـ ود وأثبتها من المختصر و م .

٤- سقطت من : أ .

٥- المختصرة ٢٠٥ ، الأم ٣/٢٣١ .

٦- سقطت من : أ .

٧- في جـ : والمخاترة .

٨- سبقت هذه المسألة ص ١٤٤ . . بتفصيلها .

٩- سقطت من : د . وتكرر هنا في : ب حوالى أحد عشر سطراً من أسطر المخطوطة - إلى قوله : لأنهما لما اصطلحا على الهدم والبناء .

١٠- ص ١٥١ .

وذهب سائر أصحابنا إلى : أنه لم يرد بذلك الإجبار على المباناة والمحافرة ، وإنما هو محمول على قوله في الجديد - مع سقوط الإجبار في ذلك - على أحد أمرين :

إما أن يكون صاحب السفل قد أذن لصاحب العلو أن يبني ليرجع عليه بما أنفق فلصاحب العلو [أن يرجع عليه عند يساره بما أنفق . لأنه أنفق بإذنه نيابة [١] عنه .

أو يكون صاحب العلو] [٢] والسفل اتفقا على الهدم ليبنيا ذلك من بعد ، فإذا هدماه أجبر صاحب السفل على البناء / قولاً واحداً -نصّ عليه في الأم . [٣]

٩٥ ب

ومن أصحابنا من كان يخرِّج الإجبار في هذا على قولين - كالذي مضى . [٤]

وليس بصحيح ؛ بل يجبر على ذلك في القولين معاً .

لأنهما [لما] [٥] اصطلحا على الهدم والبناء صار البناء [٦] مضموناً عليه بالشرط الذي التزمه ؛ فوجب أن يجبر عليه ليفي بشرطه .

١- في ب و ج و م : ونائباً عنه .

٢- ما بين المعكوفتين سقط من : د .

٣- في الأم ٣/٢٣١ (.. وإذا اصطلحا على أن ينقض العلو والسفل لعلّة فيهما أو في أحدهما أو غير علة فذلك لهما ويعيدان معا البناء كما كان . ويؤخذ صاحب السفل بالبناء إذا كان هدمه على أن يبنيه أو هدمه بغير علة) .
وانظر : حلية العلماء ٥/٢٠ ، الروضة ٤/٢١٥ .

٤- قال النووي في الروضة ٤/٢١٥ : (قد ذكر صاحب التنبيه وسائر العراقيين وطائفة من غيرهم فيما إذا استهدم فهدمه أحدهما بلا إذن طريقين - أصحهما : القطع بإجباره على إعادة مثله . والثاني : فيه القولان السابقان في الإجبار ابتداء ... وقطع إمام الحرمين .. بأن هدم حائط غيره عدوانا يلزمه أرش ما نقص ولا يلزمه بناؤه لأنه ليس بمثلي - والمذهب ما نصّ عليه) وانظر :التنبيه ٧٤ .

٥- سقطت من : د .

٦- في أ : صار الهدم .

فلو أعسر [١] بالبناء كان لصاحب العلو أن يبني ليرجع على صاحب السفل بما أنفق من [٢] بناء السفل . [٣]

فيكون الذي نصّ عليه في كتاب الدعوى على [كتاب] [٤] أبي حنيفة ما ذكرناه ، والله أعلم .

٢٥- مسألة : (أغصان الشجرة إذا تعدت ملك صاحبها إلى دار جاره ، وحكم الصلح على بقاء ذلك) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : (وإذا كانت لرجل نخلة أو شجرة فاستعلت وانتشرت أغصانها على دار رجل فعليه قطع ما شرع [٥] في دار غيره .

فإن صالحه على تركه فليس بجائز) . [٦]

وهذا كما قال .

إذا كان في دار رجل نخلة أو شجرة فاستعلت أغصانها وانتشرت إلى دار جاره ، وطالب الجار بإزالة ما انتشر في داره من الأغصان فذلك له ، وعلى صاحب الشجرة أن يتوصل إلى إزالة ذلك عنه .

لأن من ملك داراً ملك الارتفاق بعلوها والهواء فيها ، فلم يكن لصاحب الشجرة إسقاط حقه منه . [٧]

فإن كانت الشجرة يابسة قطع الأغصان المنتشرة عنها . وإن كانت رطبة ثناها وشدها [٨] إلى الشجرة ، أو قطعها إن شاء .

١- في أ : فلو أعتبر بالبناء .

٢- في م : في بناء .

٣- انظر ص ١٥١ .

٤- سقطت من : ب و جـ و د و م .

٥- فى أ : ما يتفرع .

٦- المختصر ٢٠٥ ، الأم ٢٣١/٣ .

٧- انظر أيضاً : الأحكام السلطانية ٢٥٥ ، المهذب ٣٣٥/١ ، التنبيه ٧٤ ، فتح العزيز ٣٢٩/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٣/٤ ، مغنى المحتاج ١٩١/٢ ، ١٩٢ ، نهاية المحتاج ٤١٥/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٧/٢ ، الفتاوى الكبرى الفقهية ٥٩/٣ ، حاشية قليوبي ٣١٧/٢ .

٨- في جـ : وسندها .

فإن بادر [صاحب الدار] [١] فقطع ما انتشر في داره من الأغصان : فإن كانت يابسة لا تنثنى جاز .

ولم [٢] يضمن إذا [٣] لم يتعد . [٤]

وقال بعض العراقيين : [٥] يضمن إذا قطعها بغير حكم حاكم . /

٩٦ ب

وهذا غير صحيح .

لأنه [٦] مستحق لذلك اتفاقاً [٧] ، فلم يكن حكم الحاكم فيه مؤثراً .

١- سقط من : د .

٢- في د : وإن لم .

٣- في جـ : إذ لم .

٤- مذهب الشافعية والحنابلة جواز قطع أغصان شجرة الجار إذا خرجت إلى ملك جاره بعد أن يطالبه بإزالتها فإن لم يفعل حوّلها عن ملكه إن أمكن وإلافله قطعها ولا يحتاج فيه إلى إذن القاضى وليس عليه ضمان .
كما لو دخلت عليه بهيمة جاره داره فيملك إخراجها ، ولا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه .
وعند الحنفية تفصيل حيث قالوا : إن أمكن الجار شد الغصن الخارج إليه فذاك ، وإلا طالب صاحبه بقطعه أو يأذن له في قطعه **وهذا محل الاتفاق .**
فإن أبى رفعه للقاضى فيجبره على القطع .
فإن قطعه ابتداء فإن كان من مكان لا يضيع نفعا على صاحبها لم يضمن ، ولو كان القطع من محل ينفع صاحبها ضمن .
أما المالكية فعندهم تفصيل آخر:فإن كانت الشجرة حدثت بعد الجدار قطع الزائد منها إذا كان مضراً وإن كان الجدار هو الحادث فقولان أرجحهما يقطع الزائد - وحينئذ فلا ضمان .
انظر : المهذب ٣٣٥/١ ، فتح العزيز ٣٢٩/١٠ ، الروضة ٢٢٣/٤ ، مغنى المحتاج ١٩/٢ ، أسنى المطالب ٢٢٧/٢
والمغنى لابن قدامة ٣٦٥/٤ ، الكافى ٢١١/٢ ، الشرح الكبير ١٥/٣ ، الإنصاف ٢٥٢/٥ ، شرح المنتهى ٢٦٨/٢ . كشاف القناع ٣٩٣/٣
ومعين الحكام ١٦٢ ، المبسوط ١٥٩/٢٠ .
ومواهب الجليل ١٦٥/٥ ، الخرشى ٦١/٦ ، حاشية الدسوقى ٣٧٠/٣ ، تحفة الحكام ٢ / ٢٦٧, ٢٦٨

٥- يعني هنا الحنفية - لأن هذا مذهبهم - كما فى المصادر السابقة .

٦- في ب و جـ : لأنه غير مستحق لذلك ..

٧- لم يختلفوا في كون غصن شجرة الجار إذا تعدى إلى ملك جاره يزال لأنه ضرر على الغير من غير حق ، وإنما الخلاف في جواز قطعه بدون إذن القاضى - وما يترتب على ذلك ، وقد مرت مصادر الفقهاء قريباً .

فأما إن كانت الأغصان رطبة فهو ضامن لما نقص من قيمة الشجرة بقطع الغصن منها .[١]

لأن قطعه غير مستحق ؛ لأنه يمكن[٢] إزالة الضرر عنه بأن يثني الغصن إلى الشجرة ، ويشده معها فصار بقطعه متعديا .

فإن طالب صاحب الغصن أن يصالحه الجار على تركه فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون الغصن في الهواء لم يستند على حائطه .[٣]

فإن كان كذلك لم يجز الصلح - وكان باطلا .

لأنه صلح على الهواء ، والصلح على الهواء لا يجوز ؛ لأنه من توابع الملك - فلم يجز إفراده بالعقد كالمرافق .[٤]

والضرب الثاني : أن يكون [الغصن قد استند على حائطه فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يكون الغصن يابساً ، فالصلح على إقراره[٥]] جائز[٦] ؛ كما يجوز الصلح على وضع جذع في حائطه .[٧]

وإن[٨] كان الغصن رطبا ففي الصلح على إقراره وجهان :[٩]

أحدهما - وهو قول أبى علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين[١٠] :

أن الصلح على إقراره باطل .

١- لم أجد من الشافعية من فرق بين الغصن اليابس والرطب في ضمان القطع - وقد فرق بينهما المصنف هنا .

٢- في أ : لأنه يملك .

٣- في د : على حائط .

٤- سبقت مصادر الشافعية قريباً ، وانظر ص٧٠ .

٥- سقط من : جـ .

٦- ذكر الشيرازي في المهذب ٣٣٥/١ أنه لا يجوز لكونه عقداً على الهواء - والهواء لا يفرد بالعقد .

٧- في د : حائط .

٨- هذا الثاني .

٩- المهذب ٣٣٥/١ ولم يذكر إلا المنع أيضا ، فتح العزيز ٣٢٩/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٣/٤ - وصحح الأول وهو البطلان ، نهاية المحتاج ٤١٥/٤ ، وقد نقل الشاشى المروزي الوجهين عن المصنف في حلية العلماء ١٥/٥ .

١٠- البغداديون والبصريون هنا فرقتان من فرق الشافعية في العراق في حوالي القرن الرابع الهجرى - انظر ما سبق ص ١٠٤ .

لأنه ينمي مع الأوقات فصار صلحاً على مجهول .

والوجه الثاني : أن الصلح عليه جائز - ويكون ما حدث [فيه] [١] من النماء [تبعاً] [٢] لا يبطل بالجهالة ؛ كما لا يبطل العقد بجهالة ما كان تبعاً [له] [٣] من المرافق والأساس .

وهذا قول أكثر البصريين .

أ- فصل : (**ليس للجار أن يمنع جاره من تصرفه في ملكه بدعوى أنه قد يتضرر بذلك**)

ب ٩٦

إذا غرس الرجل غرساً في أرضه وكان يعلم أن الغرس إذا كبر وطال انتشرت أغصانه إلى دار الجار : لم يكن للجار أن يأخذه بقلعه في الحال .

لأنه إنما يستحق قلع الأغصان المنتشرة في داره . وليست في الحال موجودة ، وقد لا توجد من بعد ، وإن وجدت فقد يزول ملك الجار [فيما] [٤] بعد .

وهكذا لو أراد حفر بئر في أرضه وكانت تصل نداوة البئر إلى حائط [٥] جاره : لم يكن للجار أن يمنعه من حفرها . لأنه متصرف في ملكه .

كما لا يمنعه من وقود النار وإن تأذى بالدخان . [٦]

ب- فصل : (**شكوى الجار من حائط جاره المائل :**)

إذا مال حائط الرجل إلى دار جاره فطالبه الجار بإزالة الميل عن داره فذلك له ، وعلى صاحب الحائط [٧] أن يهدمه ليزول الميل ، أو يهدم منه القدر المائل .

ليتصرف الجار في هواء داره كله .

ولو كان ميل الحائط إلى دار صاحبه وكان الجار خائفاً من انهدامه على نفسه أو ماله لم يلزمه هدمه .

لأنه لم يفوّت عليه في الحال حقا ، ولا أتلف عليه ملكا ، وانهدامه في الثاني مظنون وقد لا يكون ! . [٨]

١- سقطت من : أ

٢- سقطت من : جـ ، وفي د : تبع .

٣- سقطت من : أ .

٤- سقطت من : جـ ، وفي أ : من بعد .

٥- في أ جـ و د : إلى حائطه .

٦- انظر : روضة الطالبين ٥/٢٨٥ ، ٩/٣١٦ ، ٣١٩ ، الأحكام السلطانية ٢٥٥ ، مغنى المحتاج ٢/٣٦٤ .

٧- في أ : وعلى صاحب الدار .

٨- فتح العزيز ١٠/٣٢٩ ، روضة الطالبين ٤/٢٢٣ ، ٩/٣٢١ ، ٣٢٢ ، مغنى المحتاج ٤/٨٦ ، الفتاوى الكبرى الفقهية ٣/٥٩ ، أسنى المطالب ٢/٢٢٧ .

جـ - فصل : (**فتاوى تتعلق بانتشار غصن شجر الرجل إلى ملك آخر ونحو ذلك**) :

حكى أبو بكر بن إدريس [١] عن أبي حامد المروروذي أن أبا إسحاق المروزى سئل عن شجرة الأترج [٢] إذا انتشرت أغصانها إلى ملك رجل ، ودخل رأس الغصن في برنية [٣] له ، وانعقدت فيه أترجة . وكبرت ، ولم يمكن إخراجها إلا بقطع الغصن والأترجة أو كسر البرنية : ما الواجب ؟!

فقال : الواجب قطع الغصن والأترجة لتسلم البرنية .

[لأن الغصن لما شرع في ملك غيره كان مأخوذاً بإزالته ، فلما لم يزله صار متعديا] [٤] به ، فوجب أن يلتزم حكم تعديه ، ويكون/القطع المتقدم واجبا عليه .

P ٩٧

وليس من صاحب البرنية تعد في وضعها في ملكه . [٥]

فقيل لأبى حامد :

ما تقول في البرنية إذا كانت وديعة في بيت رجل فوضعها في سطحه [٦] حتى وقعت فيها أترجة من غصن جاره ؟!

١- محمد بن إدريس بن محمد بن ذيب الحافظ ، من نواحي النهروان رحل في البلاد فسمع العلم في بغداد وجرجان وأصبهان ودمشق وسكن بخارى فى آخر حياته . توفى سنة خمس عشرة وأربعمائة للهجرة (٤١٥) رحمه الله تعالى .
الطبقات الكبرى للسبكى ١١٤/٤ ، شذرات الذهب ٢٠٣/٣ ، الوافى بالوفيات ١٨١/٢ .

٢- شجرة تثمر فاكهة طعمها طيب وريحها طيب ، حسنة المنظر ، لينة الملمس .
المصباح ٧٣ ، القاموس ٢٣٢ ، فتح البارى ٦٨٣/٨ ، ٣٨٤ .

٣- البرنيه شبه فخارة ضخمة خضراء ، وربما كانت من القوارير الثخان الواسعة الأفواه ، والبرنيه إناء من خزف .
الصحاح ٢٠٧٨/٥ ، لسان العرب ١٩٤/١٦ ، القاموس ١٥٢٢.

٤- سقط من : جـ ، وفى م : صار مستعديا به .

٥- الفتاوي الفقهية ٥٩/٣ ، مغنى المحتاج ١٩٢/٢ ، نهاية المحتاج ٤١٦/٤ ، أسنى المطالب ٢٢٩/٢ . وتكلم الفقهاء عما يشبه هذه المسائل ونحوها فى آخر كتاب الغصب كما في المهذب ٣٧٣/١ ، الروضة ٥٧/٥ ، مغنى المحتاج ٢٩٥/٢ .

٦- في د : في سطح .

فقال : تقطع الأترجة لتسلم البرنية .

لأن قطع الغصن قد كان مستحقاً من قبل - وذلك أسبق من وضع البرنيه .

فقيل له : فما [١] تقول إن كانت الشجرة في داره ، والبرنية وديعة في يده ؟

فقال : يقطع الغصن أيضا لتسلم البرنية .

لأنه متعد بوضع البرنية بحيث يدخل غصن الشجرة فيها .

فقيل له :

ما تقول في حيوان بلع لؤلؤة ؟!

فقال : لا آمر بذبحه ، وأتركهم حتى يصطلحوا عليه .

لأن للحيوان حرمة ؛ ألا ترى أنه لو غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان لم يكلف الرد . [٢]

٢٦- مسألة : (**الصلح فيما يلزم فيه التقابض**) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى : (ولو صالحه على دراهم بدنانير ، أو على دنانير بدراهم لم يجز إلا بالقبض . فإن قبض بعضا وبقي بعض جاز فيما قبض ، وانتقض فيما لم يقبض إذا رضي بذلك المصالح - القابض) . [٣]

وهذا صحيح .

إذا ادعى عليه مائة دينار فاعترف بها وصالحه منها على ألف درهم ، أو ادعى عليه ألف درهم فصالحه منها على مائة [دينار] [٤] :

فالصلح جائز إذا تقابضا قبل الافتراق .

[لأن أخذ الدراهم عوضاً عن الدنانير صرف يلزم فيه التقابض قبل الافتراق] . [٥] [٦]

١- في أ : ما تقول .

٢- المصادر السابقة ، وانظر : الروضة ٥/٥٦ ، ٥٨ .

٣- المختصر ٢٠٥ ، الأم ٣/٢٣٢ .

٤- سقطت من : د .

٥- سقط من : د .

٦- الأم ٣/٣١ ، المهذب ١/٣٣٣ ، التنبيه ٧٣ ، روضة الطالبين ٤/١٩٣ ، ١٩٥ ، مغني المحتاج ٢/١٧٧ ، نهاية المحتاج ٤/٣٨٥ ، حاشية قليوبي ٢/٣٠٨ ، أسنى المطالب ٢/٢١٥ .

وهذا يوافقنا عليه أبو حنيفة . [١]

٩٧ ب

فلزمه/أن يجعل الصلح معاوضة ؛ يبطل بالإنكار .

ولو كان لإسقاط الخصومة - حتى يجوز مع الإنكار - لجاز فيه إسقاط حكم الربا وإن تقابضا بعد الافتراق . [٢]

فإذا ثبت هذا لم يخل حالهما [٣] من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يتقابضا جميع الألف [قبل الافتراق] [٤] ، فقد انتجز الصلح ، وانبرم ، وسقطت المطالبة بالدنانير ، واستوفى ما تضمنه [عقد الصلح] [٥] من الدراهم .

والقسم الثانى : أن يتفرقا قبل القبض ، فالصلح باطل ، ويعود المصالح إلى حقه من الدنانير يطالب بها دون الدراهم التي صالح عليها .

والقسم الثالث : أن يتقابضا بعض الدراهم قبل الافتراق ، ويبقى بعضها ؛ فالصلح باطل فيما لم يقبض .

فأما فى المقبوض :

فعلى قول أبى إسحاق المروزى - أن الفساد الطارىء بعد العقد بمثابة الفساد المقترن بالعقد [٦] يكون الصلح على قولين من تفريق الصفقة : [٧]

١- ما ذكره المصنف من أن الصلح على دراهم بدنانير أو على دنانير بدراهم يلزم فيه القبض ذلك لأنه فى حكم الصرف ، والتقابض شرط فيه بالإجماع قال ابن المنذر في الإجماع ٥٤ (وأجمعوا على أن المتصارفين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد) .
وانظر مذهب الحنفية في :
المبسوط ١٦٥/٢٠ ، مختصر الطحاوى ١٠١ ، الهداية ٩٠/٣ ، ٢٢٠ ، العناية مع فتح القدير ٤٢٦/٨ مجمع الأنهر ١١٦/٢ ، ٣١٥ .

٢- في مصادر الحنفية السابقة يذكرون أن هذا الصلح معاوضة لكن التقابض شرط لا يسقط لكون الصرف لا يجوز فيه النسيئة ، وقد سبق الخلاف فى صلح الإنكار أنظر ص ٥٤٠ .

٣- في جـ : حالها .

٤- سقط من : جـ .

٥- سقط من : د .

٦- مر الكلام على هذه المسألة ص ٩٦٠ .

٧- سبقا ص ٧٩ .

أحدهما : باطل ؛ لبطلانه فيما لم يقبض .

والثاني : جائز .

وعلى [١] قول جمهور أصحابنا - أن الفساد الطارىء بعد العقد مخالف لما قارن [٢] العقد ، وأن فساد بعض ما تضمنته الصفقة بما يأتى من الفساد لا يوجب فساد ما بقى إذا عرى عن الفساد - فعلى هذا :

يكون الصلح في المقبوض جائزاً - قولاً واحداً : [٣]

ثم ينظر [٤] في المصالح :

فإن كان ما اختار الفسخ عند فراقه قبل قبض البقية فلا خيار له في الفسخ .

لأن فراقه قبل قبض الباقي رضى منه بتفريق الصفقة ؛ فلم يكن له فسخها بعد التراضى .

وإن كان أنكر فراقه قبل قبض الباقى فهو بالخيار بين :

أن يقيم/أو يفسخ .

٩٨ م

فإن فسخ ردّ ما قبض ، وطالب بالدنانير التى كانت له .

وإن أقام :

فعلى طريقة أبى إسحاق يجعل فيما يأخذ به [٥] المقبوض قولين :

أحدهما : يأخذه بكل الدنانير .

والثانى : بالحساب والقسط .

وعلى طريقة غيره : يجعل المقبوض مأخوذاً [٦] بحسابه وقسطه - قولاً واحداً . [٧]

١- في ب و جـ و د : على .

٢- في أ و م : فارق .

٣- انظر ص ٩٧ .

٤- في د : ثم يبطل .

٥- في م : فيما يأخذ به المطلوب المقبوض .

٦- في د : مأخوذ .

٧- سبق الخلاف في تفريق الصفقة وما يترتب عليه في ص ٧٩، ٩٧ .

أ- فصل : (إذا صالحه من مائة دينار على نصفها لم يلزم التقابض) :

فأما إذا صالحه من مائة دينار على نصفها فهذا حطيطة وإبراء ، ويجوز أن يفارقه فيها قبل القبض .

لأن صحة الإبراء لا تكون موقوفة على قبض ما بقي .[١]

ب- فصل : (إذا صالحه من مائة دينار على ثوب أو عبد فهل يلزم التقابض قبل الافتراق ؟) !

ولو صالحه من المائة دينار على ثوب أو عبد ففي استحقاق قبضه قبل الافتراق وجهان :[٢]

أحدهما : لا يستحق ؛ ويجوز الافتراق قبل القبض . لأنه لا ربا في بيع الدنانير بثوب أو عبد .

والوجه الثاني : يستحق ، ويبطل [الصلح] [٣] فيه بالتفرق قبل القبض .

لأن تأخير القبض فيه يجعله [٤] بيع دين بدين .[٥]

٢٧- مسألة : (صلح الشريك في المال المشترك) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى : (وإذا أقر أحد الورثة في دار في أيديهم بحق لرجل ثم صالحه منه على شيء بعينه فالصلح جائز .

والوارث المقر متطوع لا يرجع على إخوته بشيء) .[٦]

وصورتها : في رجل مات وترك [داراً] [٧] على ورثته ، فادعى رجل أن الدار له ، وأن المتوفى كان قد أخذها منه إما بغصب أو إجارة أو عارية .. فصدقه أحد الورثة على دعواه وأقر له بالدار وصالحه منها على مال .

١- المهذب ٣٣٣/١ ، التنبيه ٧٣، روضة الطالبين ١٩٥/٤-١٩٦ مغني المحتاج ١٧٩/٢ ، نهاية المحتاج ٣٨٥/٤ ، حاشية قليوبي ٣٠٨/٢ ، أسنى المطالب ٢١٥/٢ ما سبق ص ٤٦٠ .

٢- المهذب ٣٣٣/١ ، روضة الطالبين ١٩٥/٤ ، مغني المحتاج ١٧٨/٢ ، حواشي تحفة المحتاج ١٩١/٥ .

وصحح النووي في الروضة والمنهاج عدم اشتراط القبض .

٣- سقطت من : د .

٤- في د : يجعل .

٥- بيع الدَّين بالدين لا يجوز بالإجماع . قاله ابن المنذر ص ٥٣ - وبيع الدين بالدين له صور متعددة وبعضها جائزة .

٦- المختصر ٢٠٥ ، الأم ٢٢٨/٣ .

٧- سقطت من : جـ .

٩٨ب

فهذا على ثلاثة أقسام :

أحدها : أن/يصالحه على قدر حصته من الدار .

والثاني : أن يصالحه على جميع الدار عن جميع الورثة .

والثالث : أن يصالحه عن جميع الدار لنفسه . (١)

فإن صالحه على قدر حصته (٢) صح الصلح [فيها] (٣) وكان المدعى على مطالبته باقى الورثة ، ولم يكن لباقي الورثة شفعة فيما صالح عليه .

لأنهم بإنكار الدعوى معترفون بإبطال الصلح وإسقاط الشفعة .

وفيه وجه آخر - لبعض أصحابنا - : أن لهم الشفعة فيما صالح عليه . (٤)

لأنه معترف أنه ملك ذلك بالصلح لا بالإرث .

وإن صالحه على جميع الدار عن جميع الورثة :

صح الصلح إن كان بإذنهم .

وفى صحته بغير إذنهم (٥) وجهان - مضيا (٦) فيمن صالح (٧) عن غيره :

أحدهما : يصح أيضاً - ولا يرجع عليهم بشىء .

والثاني : لا يصح .

١- سبق فى ص ٧٤ مسألة فيها عكس الدعوى هنا فإن الدار في المسألة هنا لجماعة ادعاها رجل فصالحه أحد الجماعة أولئك على التفصيل الذي ذكره المصنف .

والدار فى المسألة السابقة لرجل ادعاها جماعة (رجلان أو أكثر) فصالح المدعى عليه أحدهم ..

وقد ذكر الإمام الشافعى المسألتين في الأم ٢٢٨/٣ متقاربتين ، إلا أن المزنى فرق بينهما في المختصر ٢٠٤ - ٢٠٥ وتبعه المصنف - رحمهم الله تعالى .

٢- في د : صحته !

٣- سقطت من : أ .

٤- انظر ص ٧٧ مما سبق ، الأم ٢٢٨/٣ ، ٣/٤ ، المختصر ٢١٩ ، المهذب ٣٨١/١ حلية العلماء ٢٨/٥ ، فتح العزيز ٣٣٠/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٤/٤ .

قال النووي في الروضة (.. وأصحهما يأخذ - يعني المنكر - لأنا حكمنا فى الظاهر بصحة الصلح) .

٥- في م : وفى حصته بغير إذنه ..

٦- ص ٦٣.

٧- فى أ : على غيره .

فعلى هذا يبطل الصلح في حصص باقى الورثة [١] .

وهل يبطل في حصة المصالح ؟

على قولين من تفريق الصفقة ؟ [٢]

وإن صالحه عن جميع الدار لنفسه فيكون في حكم من ابتاع داراً بعضها في يده وبعضها في يد غيره : [٣]

فإن أقرّ بأنه قادر على انتزاع ذلك ممن هو في يده صح الصلح في الجميع ، وإلا بطل الصلح فيما لا يقدر على انتزاعه .

وهل يبطل فيما بيده ؟

على قولين . [٤]

٢٨- مسألة : (الصلح على البناء على سطح البيت المقربه) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى : (ولو ادعى [رجل] [٥] على رجل بيتا في يده فاصطلحا بعد الإقرار [على] [٦] أن يكون لأحدهما سطحه والبناء على جدارنه [بناء] [٧] معلوماً فجائز .

١- فى أ : في باقى حصص الورثة .

٢- سبقا ص ٧٩ .

٣- انظر المهذب ٢٦٣/١ ، ٣٦٩ ، روضة الطالبين ٣٥٨/٣ و ٤٢٧ ، مغنى المحتاج ١٣/٢ ، ٤٠ .

٤- هما القولان في تفريق الصفقة ، وقد سبقا مراراً .

٥- سقطت من : د .

٦- ليست في : أ .

٧- سقطت من : أ .

قال المزني : لا يجوز - أقيس على قوله في [١] إبطاله أن يعطى رجلاً [٢] مالاً على أن يشرع في بنائه حقا . [٣]

فكذلك [٤] /لا يجوز الصلح على أن يبنى على جدرانه بناء) . [٥]

٢٩٩

واختلف أصحابنا في مراد الشافعي بمسطور هذه المسألة على ثلاثة مذاهب :

أحدها - وهو قول أبى إسحاق المروزى - : أنها مصورة فى رجل ادعى بيتاً في يدي رجل فأقر له صاحب البيت [٦] بجميع البيت ، ثم إن المقر له صالح المقر بأن وهب له علو البيت على أن له أن يبنى عليه بناء معلوما .

فهذا جائز ، ويكون صلح هبة لا صلح معاوضة . [٧]

فهذا قول أبى إسحاق .

والمذهب الثاني - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة :-

أنها مصورة في رجل ادعى بيتا في يدي رجل فأقر له بسفل البيت دون علوه ، ثم صالحه على السفل الذي أقر له به بالعلو الذي لم يقر به ليبني على العلو بناء معلوماً . فهذا صلح جائز .

١- في ب و جـ : وفي .

٢- في ب و جـ و د و م : رجل .

٣- الأم ٣/٢٢٦ .

٤- في أ : وكذلك .

٥- المختصر ٢٠٥ ، الأم ٣/٢٣٠ ، ٢٣١ .

٦- في ب و م : اليد .

٧- صلح هبة لأن المقر له وهب للمقر أن يبنى على علو البيت الذى صار له كله بعد الإقرار .

لأنه بيع سفل بعلو ليبني عليه بناء معلوماً] [١] [فيكون صلح معاوضة] . [٢]

فهذا قول أبي علي [بن أبي هريرة] .[٣]

والمذهب الثالث - وهو قول أبي الطيب بن سلمة : أنها مصوّرة فيمن ادعى بيتاً في يدي رجل واعترف له بجميعه ، ثم إن المقر له ترك للمقر [٤] سفل البيت ترك إبراء ؛ ليبني لنفسه على ما [٥] بقي له من العلو بناء معلوماً .

فهذا صلح جائز ؛ ويكون صلح حطيطة وإبراء . [٦] [٧]

فهذا قول أبي الطيّب .

١- سقط من : أ و جـ ، وسقط من أ كذلك قوله : فيكون صلح معاوضة .

٢- صلح معاوضة حيث بادله فأعطاه السفل ليبني هو عليه العلو .

٣- ليست في : أ و ب و جـ و م .

٤- في د : ترك المهر !

٥- في د : لما بقى .

٦- لأن المدعى صار له البيت كله بإقرار المدعى عليه ثم تنازل بالسفل للمقر وأبرأه منه .

٧- فتح العزيز ٣٢٦/١ ، روضة الطالبين ٢٢١/٤ .

وقد مرّ في أول الصلح أنه أنواع - انظر ص ٤٤ وما بعدها .

أ - فصل : (**رأي المزني في الصلح على سقف بيت ليبني عليه بناء معلوما**) :

فأما المزني : فإنه منع [من] [١] جواز الصلح على سقف بيت [٢] ليبني عليه بناء معلوماً . [٣]

كما لا يجوز الصلح على إخراج جناح - وإن كان معلوماً . [٤] وهذا خطأ .

والفرق بينهما يمنع من تساوي حكمهما ؛ وذلك أن الصلح على إخراج الجناح صلح على الهواء الذي لا يملك ؛ فلم يجز أن يملك/به عوضاً . ٩٩ ب

والصلح على البناء على السقف صلح على مملوك ؛ فجاز أن يملك به عوضاً .

كما لو صالحه على البناء في قرار أرضه . [٥]

٢٩- مسألة [٦] : (**حكم بيع علو البيت دون سفله**) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى : (ولو اشترى علو بيت على أن يبني على جدرانه ويسكن على سطحه أجزت ذلك إذا سميا منتهى البنيان .

لأنه ليس كالأرض في احتمال ما يبنى عليها .

قال المزني : هذا غير [٧] منعه في كتاب « أدب القاضي » [٨] :

أن يقسما داراً على أن يكون لأحدهما السفل وللآخر العلو حتى يكون السفل وعلوه [٩] لواحد -) . [١٠]

١- ليست في : أ و م .

٢- في أ و م : بيته

٣- مذهب المزني في المختصر ٢٠٥ وقد سبق كلامه ص ١٧٣ . وانظر : فتح العزيز ٣٢٤/١٠ ، الروضة ٢١٩/٤ .. ، نهاية المحتاج ٤٠٩/٤ .

٤- مرت هذه المسألة ص ٧٠ .

٥- في أ و جـ و د : على البناء في الأرض .

٦- في أ : فصل .

٧- في أ و م : وهذا عندي منعه .. وأثبت ما في المختصر ، والنسخ الأخرى .

٨- الأم ٢٣١/٦ ، المختصر ٤٠٩ .

٩- في أ و م : العلو

١٠- المختصر ٢٠٥ ، الأم ٢٣٠/٣

وهذا صحيح .

يجوز أن يشتري علو بيت [١] دون سفله [٢] .

ومنع أبو حنيفة من إفراد العلو بالعقد [٣] دون السفل [٢]

[لأن العلو تبع يجري مجرى المرافق التي لا يجوز إفرادها بالعقد] [٤]

وهذا خطأ .

لأن العلو عين مملوكة يجوز الانتفاع بها ، فجاز أن يفرد بعقد البيع - كالسفل .

ولأن البناء تبع للعرصة في البيع - ويجوز إفراده بالعقد - وكذلك العلو .

وهذا دليل وانفصال .

١- المراد بعلو البيت هنا سطحه وهواؤه - أي ما علاه .

٢- إذا باع شخص علو بيته وسطحه ففي جواز ذلك خلاف بين العلماء :

قال الشافعية : يجوز ذلك سواء باعه ليبني المشتري عليه بناء معلوما ، أو لينتفع به في غير البناء كما فصّله المصنف - وخالف في ذلك المزني .

وكذلك أجازه المالكية - قال خليل في المختصر ١٥٥ : (وجاز بيع عمودعليه بناء للبائع ... وهواء فوق هواء إن وصف البناء) .

وعند الحنابلة إن كان البيت الذي باع علوه مبنياً جاز البيع لمن يبني عليه بناء موصوفاً .

وإن كان البيت غير مبني وباع علوه ففيه وجهان - أصحهما الجواز .

أما الحنفية فمنعوا بيعه لأن حق التعلي ليس بمال - لأن المال عندهم ما يمكن إحرازه ، ولأنه بيع للهواء .

قالوا : وكذا إذا كان لرجل بناء على السفل فسقط لم يجز بيعه لأنه بعد انهدامه معدوم .

وحجة الجمهور على جواز بيعه أنه ملك لصاحبه يجوز الانتفاع به فجاز له أن يأخذ عوضاً عنه كالقرار .

ثم ان اشتراط وصف البناء عليه وتحديده يزيل الغرر عنه ..

انظر:

الأم ٣٣١/٣ ، المختصر ٢٠٥ ، فتح العزيز ٣٢٤/١٠ ، الروضة ٣٥٩/٣ ، ٢١٩/٤ ، مغني المحتاج ١٣/٢ ، ١٨٩ .

ومواهب الجليل ٢٧٥/٤ ، الخرشي - وبهامشه حاشية العدوي ٢١/٥ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٤/٣ ، جواهر الإكليل ٦/٢ .

والشرح الكبير ١٥/٣ ، الإنصاف ٢٥١/٥ ، المقنع ١٢٧/٢ ، التنقيح ٢٠١ .

والهداية ٥١/٣ ، تبيين الحقائق ٥١/٤ ، البحر الرائق ٨٨/٦ ، فتح القدير مع العناية ٢٠٤/٥ ، مجمع الأنهر ٥٩/٢ ، رد المحتار ١٠١/٤ .

٣- في : ب وجـ و د : من إفراد العقد بالعلو .

٤- سقط من : أ

أ- [فصل[١]] : (**أحكام البناء على علو البيت الذى بيع دون سفله**) :

فإذا ثبت جواز بيع العلو مفرداً [٢] دون السفل فلا يخلو حالهما إذا تبايعاه من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يشترطا في العقد أن يبني عليه .

والثاني : أن يشترطا [٣] فيه ألا يبني عليه .

والثالث : أن يطلقا العقد .

فإن اشترطا أن يبني عليه لم يخل حال الشرط من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يشترطا عليه بناء معلوماً - يصفانه [٤] طولا وعرضا ، ويصفان آلته - أجراً وجصاً ، أو لبناً وطيناً [٥] .

فهذا بيع جائز وشرط لازم . [٦]

وليس للمشتري الزيادة عليه ، ولا للبائع المنع منه لأنها منفعة معلومة .(٧) / ١٠٠ م

والقسم الثاني : أن يشترطا أن يبني ما شاء .

فهذا شرط باطل ، للجهالة به .

وبيع باطل ؛ لما تضمنه من بطلان الشرط الفاسد .

وخالف الأرض إذا عاوضه على البناء فيها .

١- سقطت من : أ .

٢- في أ : منفرداً.

٣- في أ و ب : أن يشترط .

٤- في جـ و د و م : بصفاته .

٥- في ب : آجر أو جص أو لبن أو طين .

٦- في د : فهذا بيع لازم وشرط جائز .

٧- فتح العزيز ٣٢٦/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢١/٤ ، مغني المحتاج ١٨٩/٢ ، نهاية المحتاج ٤٠٩/٤ أسنى المطالب ٢٢٦/٢ .

لأن الأرض تحتمل ما يبني فيها [١] ، فلم يحتج إلى تقديره بالشرط ، والعلو لا يحتمل البناء عليه إلا [إلى] [٢] حدّ مقدر [٣] - فافترقا .[٤]

والقسم الثالث : أن يشترط البناء ولا يشترط قدره ، ولا يصفا [٥] طوله وعرضه - بل يكون مطلقا - ففي الشرط وجهان : [٦]

أحدهما : لازم ، ويبني عليه ما احتمله .

لأنه قد [٧] يتقدر عنه أهل الخبرة بالمعتاد المألوف فلم يفتقر إلى تقديره بالشرط .

والوجه الثاني : أن الشرط باطل .

لأن العادات فيه مختلفة [٨] ، وأهل الخبرة [به] [٩] لا يتفقون عليه [١٠] .

ولأنه مجهـول عند [١١] المتعاقدين في الحال .

وهذا أصح الوجهين .

فعلى هذا يكون البيع باطلاً لفساد ما ضمن من الشرط . [١٢]

فهذا الكلام فيه إذا تبايعاه بشرط البناء عليه .

١- في أ و م : عليها .

٢- ليست في : أ .

٣- في ب و جـ و د ، بما يشاء الزيادة فلا يحتمل فافترقا !

٤- انظر : الأم ٢٣١/٣ ، والمصادر السابقة .

٥- في أ : ولا يصف .

٦- فتح العزيز ٣٢٦/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢١/٤ .

ولم يصرح النووي بتصحيح أحد الوجهين بل قال (وفي وجه يكفي إطلاق ذكر البناء ويحمل على ما يحتمله المبني عليه ..) وقد ذكر المصنف هنا أن بطلان الشرط هو أصح الوجهين .

٧- في أ : لأنه قدر يتقدر .

٨- في ب و جـ و د : محتملة .

٩- سقطت من : أ و ب و م .

١٠- في أ و م : فيه .

١١- في أ : علي المتعاقدين .

١٢- في د : من العقد .

فأما إذا تبايعاه بشرط ألا يبني عليه فالبيع جائز .

وليس له البناء عليه ، وله أن يسكن فيه ويرتفق به - كيف شاء - بعد ألا يبني .

فإن قيل : فلم صح هذا العقد وقد تضمنه شرط أوقع عليه حجراً (١) في ملكه [فصار] (٢) كما لو باعه أرضا على ألا يبني فيها ؟

قيل : الشرط لم يتضمن حجراً فيما ملكه بالعقد ؛ (٣) وإنما تضمن [المنع من](٤) إحداث ما ليس على ملكه في الحال .

والفرق بين العلو - حيث جاز بيعه بشرط ألا يبني عليه ، وبين الأرض - حيث لم يجز/بيعها بشرط ألا يبني فيها :

ب ١٠٠

أن الأرض المبيعة لم يبق للبائع فيها حق ، ولا يدخل عليه بالبناء فيها ضرر ، فبطل العقد فيها باشتراط مالا يتعلق بحقه .

وليس كذلك العلو ؛ لأنه متصل بملك البائع ، وفي البناء عليه إضرار [به] (٥) ؛ فصار الشرط فيه متعلقاً بحقه - فافترقا .

فهذا الكلام (٦) فيه إذا شرط ألا يبني عليه . (٧)

[فأما إذا تبايعاه مطلقا بغير شرط :

فهل للمشتري أن يبني عليه] (٨) ، أم لا ؟

١- الحجر لغة المنع - واصطلاحا : منع الإنسان من التصرف في ماله .
الصحاح ٢/٦٢٣ ، اللسان ٥/٢٣٩ ، القاموس ٤٧٥ ، مغني المحتاج ٢/١٦٥ ، تصحيح التنبيه ٧٢ .

٢- سقطت من : د .

٣- في ب زيادة : (كما لا يبني) بعد قوله : العقد .

٤- سقط من : ب و جـ و د .

٥- سقطت من : أ .

٦- في جـ و د : فهذا الخلاف فيه .

٧- تكلم الفقهاء رحمهم الله تعالى - عن الشروط في البيع وبينوا الصحيح منها والفاسد .. وهي عند الشافعية في :
المهذب ١/٢٦٨ ، الروضة ٣/٤٠٠ ، مغني المحتاج ٢/٣١ .. وغيرها .

٨- سقط من : د .

على وجهين : [١]

أحدهما : أنه يبني عليه ما احتمله .

لأنها منفعة من منافع ملكه ؛ فلم [يجزأن] [٢] يحجر عليه فيها .

والوجه الثاني - وهو أصح : ليس له البناء .

لما فيه من الإضرار بالسفل ، وتكون منفعته [٣] مقصورة على السكنى [والارتفاق] [٤] بما تضمنه العقد من غير إحداث زيادة .

فأما البيع : فعلى الوجهين معاً لازم .

وإنما الوجهان في جواز البناء . [٥]

ب - فصل [٦] (**خلاف بين الشافعية في بيع العلو مفرداً عن السفل**) :

فأما المزني فإنه يذهب إلى إبطال بيع العلو مفردا [٧] عن السفل [٨] كقول أبي حنيفة [٩] تعلقا [١٠] بما ذكره من الصلح على إشراع الجناح الذي قد مضى [١١] الانفصال [١٢] عنه .

ثم لما حكاه [١٣] عن الشافعي في كتاب «أدب القاضي» - أنه منع من قسمة [١٤]دار على أن يكون لأحدهما سفلها وللآخر علوها فجعل هذا من قوله دليلا على أن العلو لا يجوز

١- انظر : روضة الطالبين ٢١٩/٤ ، الفتاوى الكبرى الفقهية ٦٦/٣ ، مغني المحتاج ١٨٨/٢، نهاية المحتاج ٤٠٨/٤، ٤٢٠ ، أسنى المطالب ٢٢٥/٢ حاشية عميرة ٣١٦/٢ ،
وفي مغني المحتاج ونهاية المحتاج التصريح بتصحيح المصنف للوجه الثاني .

٢- سقط من : ب و جـ و د .

٣- في جـ و د : أو تكون منفعة .

٤- سقطت من : د

٥- المصادر السابقة (هامش ١) .

٦-في د : مسألة .

٧- في ب : منفرداً .

٨- النص في المختصر ٢٠٥ ، وقد مرّ ١٧٣ .

٩- مضى ص ١٧٦ .

١٠- في ب و جـ و د و م : وتعلقا .

١١- سبق ص ٧٠ . وانظر حجة المزني ص ١٧٣ .

١٢- في د : الصلح عنه

١٣- سبق ص ١٧٥ .

١٤- في أ و ب : من قسمته دار ..

إفراده بالعقد [١] .

وهذا الذي قاله المزني غير صحيح .

١٠١ م

لأن الشافعي إنما منع من قسمة الدار أن/يكون علوها لأحد الشريكين وسفلها للآخر - إجبارا [٢] وكرهاً . لأن قسمة الإجبار توجب تعديل الملك بين [٣] الشريكين ليكون شطر الدار [٤] - علواً وسفلاً - لأحدهما ، وشطرها [٥] للآخر [٦] بقدر السهام في الملك . [٧]

فأما إذا تراضى (٨) الشريكان بقسمة الدار على أن يكون سفلها لأحدهما وعلوها للآخر جاز .

والصلح إنما هو عقد مراضاة - لا يصح [٩] مع الإجبار - [فلم يجزأن يعتبر [١٠] فيه ما يعتبر في قسمة الإجبار] [١١] .

١- صرح المزني في المختصر ٢٠٥ بالفرق بينهما فكيف يكون ذلك دليلاً له ؟

قال المزني بعد أن بيّن مذهب الشافعي في جواز بيع العلو مفرداً :

(هذا غيرُ منعِه في كتاب أدب القاضي : أن يقسما داراً على أن يكون لأحدهما السفل وللآخر العلو - حتى يكون السفل وعلوه لواحد) .

إلا أن يكون الراجح ما في نسختي : أ و م على ما سبق بيانه في ص ١٧٥ هامش ٧ والله أعلم

٢- في د : إجباراً أو كرها .

٣- في ب : من

٤- في جـ : شطر الملك .

٥- في ب و د : و شطر ، وفي جـ وشطره .

٦- في أ و د : الآخر .

٧- علل الإمام الشافعي رحمه الله تعالى منعه تلك القسمة بأمر آخر وهذا نص كلامه في الأم ٢٣١/٦

(ولا يجوز أن يقسم الرجل الدار بين القوم فيجعل لبعضهم سفلاً ولبعضهم علواً ؛ لأن أصل الحكم أن من ملك السفل ملك ما تحته من الأرض ، وما فوقه من الهواء . فإذا أعطى هذا سفلاً لا هواء له وأعطى هذا علواً لاسفل له فقد أعطى كل واحد منهما على غير أصل ما يملك الناس . ولكنه يقسم ذلك بالقيمة ولا يعطي أحداً بقعة إلا ما ملكه ما تحتها وهواءها) . وانظر : المختصر ٤٠٩ .

٨- في ب و جـ و د و م : تراضيا .

٩- في جـ : لا يجوز

١٠- في أ و د و م : فلم يجزأن يعتبر بقسمة الإجبار .

١١- سقط من : جـ

٣٠- مسألة : (إذا كان العلو لرجل والسفل لآخر فتداعيا عرصة الدار) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى :- (ولو كانت منازل : سفل في يدي رجل ، والعلو في يدي آخر ، فتداعيا العرصة فهي بينهما) . [١]

وهذا كما قال .

وصورتها : أن يكون علوها لرجل وسفلها لغيره ، واختلفا [٢] في عرصة الدار - فادعاها صاحب السفل وقال : هي لي .

وادعاها صاحب العلو وقال : هي لي .

فلا يخلو حال العرصة من أحد حالين :

إما أن يكون عليها ممر لصاحب العلو ، أو ليس عليها ممر .

فإن كان عليها لصاحب العلو ممر واستطراق - لأنه يصعد إلى علوه بعد اجتيازه فيها - فهي بينهما ؛ بعد أن يتحالفا عليها .

لأن كل واحد منهما متصرف فيها - فصارت بأيديها - فوجب أن تكون بينهما . [٣]

وإن لم يكن عليها لصاحب العلو ممرّ ، ولا له [فيها] [٤] استطراق فهذا على ضربين :

أحدهما : أن تكون محولّة [٥] عن ممره وموضع استطراقه - بباب أو بناء ، كدواخل البيوت - فيكون ذلك لصاحب السفل / ١٠١ ب لا يختلف . ١٠١ ب

لأنه قد تفرد بالتصرف فيه فصار منفرداً باليد عليه .

والضرب الثاني : أن يكون متصلاً بممره وموضع [٦] استطراقه من غير حائل دونه - مثل أن يكون ممره في بعض الصحن ، وباقيه متصل به ، وليس لصاحب العلـو استطراق فيه - فالقدر

١- المختصر ٢٠٥ ، الأم ٣/ ٢٣٠ .

٢- في د : واختلف .

٣- المهذب ٢/ ٣١٧ ، التنبيه ١٥٨ ، فتح العزيز ١٠/ ٣٣٤ ، روضة الطالبين ٤/ ٢٢٦، مغني المحتاج ٢/ ١٩٣ ، نهاية المحتاج ٤/ ٤١٩ ، أسني المطالب ٢/ ٢٢٩ .

٤- سقطت من : د .

٥- في ب و جـ و د : محمولة.

٦- في أ : ومواضع .

الذي يستحق فيه ممراً واستطراقا يكون بينهما نصفين [١] .

وما وراءه [مما] [٢] لا حق له في استطراقه ، ولا حائل دونه ؛ فيه وجهان : [٣]

أصحهما : يكون لصاحب السفل ؛ لتفرده باليد عليه .

والثاني - وهو قول بعض أصحابنا المتأخرين - : أنه يكون بينهما ؛ لاتصاله بما هذا حكمه .

ومن هذين الوجهين [مضى تخريج الوجهين] [٤] في عرصة الزقاق المرفوع . [٥]

٣١- مسألة : (العلو لرجل والسفل لآخر ؛ فاختلفا فى الدرج) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى : (ولو كان [فيها] [٦] درج إلى علوها فهي لصاحب العلو - كانت معقودة أو غير معقودة - لأنها تتخذ ممراً - وإن انتفع بما تحتها) [٧] .

وهذا صحيح .

إذا اختلف صاحب السفل وصاحب العلو في درجته [٨] فادعاها كل واحد منهما فلا يخلو حالها من أحد أمرين :

إما أن يكون تحتها مرفق لصاحب السفل أم [لا] [٩] .

فإن لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل - بل كانت صماء فهي لصاحب العلو .

لأنها لا تتخذ على هذا الوجه إلا ممرا ، فصار صاحب العلو مختصاً [١٠] بالتصرف فيها واليد عليها ؛ فكان أحق بها . وسواء كانت من خشب أو غيره .

١- في جـ و م : نصفان

٢- سقطت من : أ .

٣- المهذب ٣١٧/٢ ، التنبيه ١٥٨ ، فتح العزيز ٣٣٥/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٧/٣ .
والمصحح فى الفتح والروضة الوجه الأول فيكون لصاحب السفل ؛ لانقطاع صاحب العلو عنه ، واختصاص صاحب السفل تصرفا ويداً .

٤- سقط من : د .

٥- مضى في ص ١٢٨.

٦- سقطت من : د

٧- المختصر ٢٠٥ ، الأم ٢٣١/٣ .

٨- في جـ : درج ، وفي د و م : درجة

٩- سقطت من : د .

١٠- في أ : أخص بها بالتصرف فيها ، وفي م : أحق بها بالتصرف فيها .

P ١٠٢

وإن كان تحتها مرفق [١]/فعلى ضربين :

أحدهما : أن يكون مرفقا [٢] كاملاً - كبيت أو خزانة يصلح للسكن ، وإحراز القماش [٣] - فتكون الدرجة بينهما نصفين كالسقف .

لأن لكل [٤] واحد منهما فيها تصرفاً ، وعليها [يداً] [٥] فصارا فيها سواء .

إلا أن[٦] صاحب السفل مختص بالتصرف في سفلها والارتفاق به ، وليس له الصعود عليها . وصاحب العلو مختص بالصعود عليها ، وليس له التصرف فيما تحتها .

كالسقف المجعول بين صاحب العلو والسفل [٧] - ليس لكل واحد منهما أن يتصرف فيه إلا بما هو مختص به . [٨]

والضرب الثاني : أن يكون المرفق ناقصا - مثل أن يكون تحتها رفّ أو موضوع جب [٩] ، أو ما يجري مجراه من غير أن يكون بيتاً كاملاً - ففيها [١٠] وجهان : [١١]

١- مرفق الدار كالمطبخ والكنيف ومصب الماء ونحو ذلك - والارتفاق الانتفاع . انظر ص ٦٨ .

٢- في أ : أن يكون ممرها كاملاً .

٣- في م : القياس !

٤- في د: لأن كل .

٥- سقطت من : د

٦- في د : لأن .

٧- مرّ حكم السقف المجعول بين صاحب العلو والسفل وكيفية تصرف الشريكين فيه ص ١٣٩٠٠ .

٨- انظر الخلاف بين صاحب العلو والسفل في الدرج والسلّم في : الأم ٢٣١/٣ ، المهذب ٣١٦/٢ ، التنبيه ١٥٨ ، فتح العزيز ٣٣٥/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٧/٤ مغني المحتاج ١٩٣/٢ ، نهاية المحتاج ٤١٩/٤ أسنى المطالب ٢٢٩/٢ ، ٢٣٠ .

٩- الجُبّ بضم الجيم هو السرداب ، ووعاء الماء ، والبئر .
المصباح المنير ٨٩ ، القاموس المحيط ٨٣ ، النظم المستعذب ٣١٦/٢ .

١٠- في د : ففيه -

١١- المهذب ٣١٦/٢ ، التنبيه ١٥٨ فتح العزيز ٣٣٦/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٧/٤ ، نهاية المحتاج ٤١٩/٤ .
وصحح النووي في الروضة أنها لصاحب العلو .
وعبارة المهذب تفيد أنه لابد من الحلف على الوجهين فهو يقول : (ففيه وجهان أحدهما : أنهما يحلفان ويجعل بينهما لأنهما يرتفقان بها . والثاني : أنه يحلف صاحب العلو ويقضى له لأن المقصود بها منفعة صاحب العلو) .

أحدهما : [أنها] (١) تكون بينهما نصفين - كالبيت - لارتفاقهما بها .

والوجه الثاني : أنها لصاحب العلو .

لأن تصرفه فيها أكمل ، ويده عليها [أقوى] (٢).

وهذا قول أبي حامد .

٣٢ - مسألة : (الصلح عن الزرع بمال) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى :- (ولو ادعى [رجل] (٣) على رجل زرعاً في أرض فصالحه من ذلك على دراهم فجائز .

لأن له أن يبيع زرعه أخضر ممن يقصله (٤)) . (٥)

وصورتها : في رجل بيده زرع [في] (٦) أرض ادعاها مدع ، فأقر له به ، وصالحه عليه بمال بذله له ، فلا يخلو حال الزرع من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون مما يجوز بيعه بكل حال .

والثاني أن يكون مما لا يجوز بيعه بحال . (٧)

١٠٢ ب

والثالث : أن يكون مما يجوز بيعه بشرط / القطع ، ولا يجوز على الإطلاق . (٨)

١- سقطت من : د ، وفي أ : أنه .

٢- سقطت من : د .

٣- ليست في النسخ والمختصر وأثبتها من الأم .

٤- في جـ : بثمن يقصله ، وفي د : ممن يقلعه .

ومعني : قصل الزرع : قطعه ، القصيل ما اقتصل من الزرع أخضر وقيل القصل قطع الشيء من وسطه أو أسفل من ذلك .

الصحاح ١٨٠١/٥، اللسان ٧٥/١٤ ، القاموس المحيط ١٣٥٤

٥- المختصر ٢٠٥ ، الأم ٢٣١/٣ .

٦- سقطت من : د .

٧ - في د : بكل حال .

٨- تكلم الفقهاء عن بيع الزروع والثمار في كتاب البيع وذكروا شروط بيع الزرع الأخضر فإنه لا يباع إلا بشرط القطع إلا إن باعه مع الأرض فيدخل تبعاً - وهو عند الشافعية في : الأم ٤١/٣ ... ، المختصر ١٧٦ ، المهذب ٢٨١/١ ، روضة الطالبين ٥٦٠/٣ .. مغني المحتاج ٨٩/٢ ..

فإن كان مما يجوز بيعه بكل حال - كالزرع [١] إذا اشتد وكان بارز الحب ؛ كالشعير - فيجوز الصلح [عليه] [٢] بالدراهم وغيرها مطلقاً وبشرط القطع - كما يجوز في البيع .

وإن كان مما لا يجوز بيعه مفرداً بحال [٣] - كالبذر قبل نباته ، وما اشتد من الزرع إذا كان مستوراً في كمامه (٤) ، كالحنطة - على أصح القولين [٥] - فالصلح باطل - [كما أن بيعه باطل] [٦] .

وإن كان مما يجوز بيعه بشرط القطع [٧] :

فإن صالح عليه بشرط القطع صح الصلح .

وإن صالح عليه مطلقاً لم يخل حال الأرض من أحد أمرين :

إما أن تكون للمصالح - باذل المال - ، أو لا تكون [له] . [٨]

فإن لم تكن الأرض له بطل صلحه على الزرع بغير شرط القطع .

كما يبطل بيعه بغير اشتراط القطع . [٩]

١- في د : كان الزرع .

٢- سقطت من : د .

٣- في د : بكل حال .

٤- بكسر الكاف ، واحدها كِمّ - بكسر الكاف - وكِمامة ، والجمع : كمام وأكمة وأكاميم وهو وعاء الطلع وغطاء النور ، وكمّة : غطاه .
الصحاح ٢٠٢٤/٥ ، اللسان ٤٣١/١٥ ، القاموس ١٤٩١ ، النظم المستعذب ٢٨٠/١ ، تصحيح التنبيه ٦٥ .

٥- الأم ٥١/٣ . . . ، ٦٨/٣ ، المختصر ١٧٨ والمنع هو الجديد الأظهر .
انظر : روضة الطالبين ٥٦١/٣ مغني المحتاج ٩٠/٢ .

٦- سقط من : د .

٧- مثاله الزرع الأخضر والبقول - انظر : روضة الطالبين ٥٦٠/٣

٨- ليست في : أ و ب و م .

٩- المهذب ٢٨١/١ ، التنبيه ٦٦ ، روضة الطالبين ٥٦٠/٣ ، ١٩٧/٤ ، مغني المحتاج ٨٩/٢ .

وإن كانت الأرض له ففي صلحه وجهان : [١]

أحدهما : أنه [٢] يجوز .

لأنه يصير تبعاً للأرض فصار كمشتري الزرع مع الأرض . [٣]

والوجه الثاني : أنه باطل حتى يشترط فيه القطع .

لأن عقد الصلح قد انفرد بالزرع ؛ فلا يجوز أن يجعل تبعاً لما لم يدخل فيه من الأرض .

٣٣ - مسألة : (**الصلح عن الزرع المشترك الذى لا يمكن قسمته**) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى : (ولو كان الزرع بين رجلين فصالحه أحدهما على نصف الزرع لم (٤) يجز من قبل أنه لا يجوز (٤) أن يقسم الزرع أخضر ، ولا يجبر شريكه على أن يقلع منه شيئاً) . [٥]

وهذا كما قال .

م ١٠٣

إذا كان الزرع في يدي رجلين [٦] فادعاه رجل فصدقه أحدهما وكذبه/الآخر ، فصالحه المصدق على نصفه بمال :

فإن كان الزرع مما يصح الصلح عليه بغير اشتراط القطع - كسنبل الشعير ، وما برز من الحبوب المشتدة - جاز الصلح .

وإن كان مما يلزم اشتراط القطع فيه - كالزرع الذي هو بقل [٧] لم يشتد - نظر :

١- المهذب ٢٨١/١ ، التنبيه ٦٦ ، فتح العزيز ٣٠١/١٠ ، روضة الطالبين ٥٦١/٣ ، ٥٦٢ ، ١٩٧/٤ .

وذكر النووي الأصح فقال في الروضة ١٩٧/٤ (ولو كانت المصالحة عن الزرع مع الأرض فلا حاجة إلى شرط القطع على الأصح) .

٢- في د : أنه لا يجوز .

٣- في أ : فصار لمشتري الأرض مع الزرع !

٤- تكرر في : د .

٥- المختصر ٢٠٥ ، الأم ٢٣١/٣ .

٦- في د : رجل .

٧- البقل كل نبات اخضرت به الأرض ، وهو ما ليس بشجر ، ويفرق بينهما بغلظ العود وجلته . الصحاح ١٦٣٦/٤ ، معجم مقاييس اللغة ٢٧٤/١ ، المصباح المنير ٥٨، القاموس المحيط ١٢٥٠.

فإن لم تكن الأرض للمقر المصالح : فهذا الصلح باطل . [(١)] لأن اشتراط القطع في نصف الزرع مشاعاً غير ممكن، وقسمته [(٢)] لا تلزم .

وإن كانت الأرض للمقر المصالح : ففي صحة الصلح وجهان : [(٣)]

[(٤)] [إن قيل : إن اشتراط القطع فيه لازم [(٥)] [بطل الصلح . لتعذر اشتراطه فيه] [(٤)]

وإن قيل : إن اشتراط القطع فيه غير لازم] [(٥)] صح الصلح .

وهكذا لو كان الزرع كله في يد رجل واحد فأقر لمدعيه بنصفه ، وصالحه عليه ؛ كان الصلح فيه على ما ذكرنا [(٦)] من بطلانه إن لم تكن الأرض له .

وإن كانت [الأرض] [(٧)] له فعلى وجهين . [(٨)]

لأنه يصير مصالحاً على نصفه مشاعاً فتعذر اشتراط قطعه . [(٩)]

والله أعلم ، وبالله التوفيق ، وهو حسبي . [(١٠)]

١- مرّ مثل هذا التفصيل في المسألة السابقة .

٢- في د : وقيمته .

٣- فتح العزيز ٣٠١/١٠ ، الروضة ٥٦٠/٣ و ١٩٨/٤ ، الوجهين السابقين قريبا .

٤- سقط من : د .

٥- سقط من : أ .

٦-آنفا .

٧- ليست في : ب و جـ و د .

٨- هما الوجهان السابقان أعلاه .

٩- فى ب و جـ : فتعذر الشرط بقطعه .

١٠- هذا في ب وعبارتها : والله أعلم ، وبالله التوفيق ، وهو حسبي ، بلغ مقابلة ، وفي د : وبالله التوفيق .

كتاب الحوَالة : [١]

قال الشافعي [٢] رحمه الله تعالى : (أخبرنا مالك عن أبي الزناد [٣] عن الأعرج [٤] عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

«مطل الغني ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » . [٥]

الأصل في جواز الحوالة : السنة والإجماع . [٦]

أما السنة فمروية عن أبي هريرة من ثلاثة طرق - روى الشافعي منها طريقين ، وروى العراقيون الثالث :

١٠٣ ب

أحدها / ١٠٣ب : ما رواه الشافعي [٧] عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

١- الحوالة لغة : بفتح الحاء وكسرها ، والفتح أفصح ، مشتقة من التحويل والحاء والواو واللام أصل واحد وهو تحرك في دور ، والتحول التنقل من موضع إلى موضع ، فمعناها يدور حول النقل .
الصحاح ١٦٨٠/٤ ، معجم مقاييس اللغة ٢٧٤/١ ، المصباح المنير ١٥٧ تصحيح التنبيه ٧٤ ، النظم المستعذب ٣٣٧/١ .
وهي اصطلاحاً : نقل الدين - من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .
وتختص بالديون لأن النقل للدين لا العين .
مغني المحتاج ١٩٣/٢ ، مجمع الأنهر ١٤٦/٢ ، حاشية الدسوقي ٣٢٥/٣ ، كشاف القناع ٣٧١/٣ .

٢- المختصر ٢٠٥ ، الأم ٢٣٣/٣ .

٣- أبو الزناد : عبد الله بن ذكوان - أوزكوان - القرشي المدني ، ويقال : أبو عبد الرحمن من كبار علماء المدينة بعد كبار التابعين .
وأصح أسانيد أبى هريرة : (أبو الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة) ، كان ثقة فقيها ، مات فجأة سنة ثلاثين ومائة هجرية (١٣٠ هـ) رحمه الله تعالى .
تذكره الحفاظ ١٦٤/١ ، ميزان الاعتدال ٤١٨/٢ ، تهذيب التهذيب ٢٠٣/٥ ، تهذيب الأسماء ٢٣٣/٢ .

٤- عبد الرحمن بن هرمز بن كيسان الهاشمي المدني ، مولى ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب ، كنيته : أبو داود ، تابعي صاحب أبا هريرة وروى عنه ، كان عالماً بالعربية والقراءة والأنساب ، ثقة ، توفي بالإسكندرية سنة سبع عشرة ومائة هجرية رحمه الله تعالى .
تذكرة الحفاظ ٩٧/١ ، طبقات الحفاظ ٣٨ ، تهذيب الأسماء ٣٠٥/١ .

٥- سيأتي تخريجه ص ١٩٠ .

٦- انظر نقل الإجماع على جواز الحوالة فى :
الإفصاح ٣٨٣/١ ، الهداية ١١٠/٣ ، بداية المجتهد ٢٩٩/٢ ، المغني لابن قدامة ٣٩٠/٤ .
روضة الطالبين ٢٢٨/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٣/٢ .

٧- بدائع المنن ١٩٠/٢ ، وانظر : الأم ٢٣٣/٣ ، المختصر ٢٠٥ .

«مطل الغني ظلم ، وإذا أُتبِعَ أحدكم على مليء فليتبع» . [١]

والثاني : ما رواه الشافعي عن سفيان [٢] بن عينية عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن النبي صلي الله عليه وسلم قال :

١- أخرجه :

البخاري بلفظ «فإذا أتبع ..» ؛ ك : الحوالة ٣٨ باب : الحوالة وهل يرجع في الحوالة ١٢ جـ ٥٤٢/٤ رقم ٢٢٨٧ - من الطريق الذي ذكره المصنف .

وفي ك : الاستقراض ٤٣ باب : مطل الغني ظلم ١٢ جـ٥/٧٥ رقم ٢٤٠٠ بلفظ «مطل الغني ظلم » من طريق معمر عن همام بن منبه عن أبي هريرة .

ومسلم باللفظ الذي ذكره المصنف من طريق مالك عن أبي الزناد .. ومن طريق معمر عن همام : المساقاة ٢٢ ب : تحريم مطل الغني ٧ جـ١١٩٧/٣ رقم ١٥٦٤/٣٣ .

وهو في موطأ مالك ١٦٤/٢ ك : البيوع - جامع الدين والحول .

وقد كتب الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد جزءاً في تخريج حديث الحوالة وسماه : « تحبير المقالة في حديث الحوالة » ذكر من رواه من الصحابة ومن خرّجه وألفاظه بالتفصيل .

- والمطل يدل على مد الشيء وإطالته ، يقال مطله وماطله بحقه .

وهو اصطلاحاً : منع قضاء ما استحق أداؤه بغير عذر .

انظر : معجم مقاييس اللغة ٣٣١/٥ ، الصحاح ١٨١٩/٥ فتح الباري ٥٤٣/٤ ، شرح النووي على صحيح مسلم ٢٢٧/١٠ تصحيح التنبيه ٣٧ ، مغني المحتاج ٢٧٥/٢ .

والمليء بالهمز : الثقة الغني ، وبعضهم يترك الهمز ويشد الياء .

انظر: النهاية في غريب الحديث ٣٥٢/٤ ، معالم السنن للخطابي ٦٤٠/٣،فتح الباري ٥٤٣/٤ .

٢- سفيان بن عينية - بضم السين والعين على المشهور فيهما - ابن عمران بن ميمون الكوفي ثم المكي مولاهم - أبو محمد ولد سنة سبع ومائة للهجرة ١٠٧ هـ من تابعي التابعين ، كان إماما جليلاً عظيم المرتبة ، ورعاً حافظا ، حج سبعين حجة ، توفي بمكة سنة ثمان وتسعين ومائة (١٩٨ هـ) . ودفن بالحجون .

تاريخ بغداد ١٧٤/٩ ، تذكرة الحفاظ ٢٦٢/١ ، ميزان الاعتدال ١٧٠/٢ ، تهذيب الأسماء ٢٢٤/١ ، تهذيب التهذيب ١١٧/٤ .

«مطل الغنى ظلم ، ومن أتبع [على ملىء] [١] فليتبع» [٢].

والثالث [الذى] [٣] تفرد به العراقيون [٤]:

عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « وإذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل» [٥].

وأما الإجماع فما نحكيه عن عثمان [٦] ، وعليّ [٧] .. رضى الله عنهما - فيما بعد .

١- سقطت من : أ .

٢- رواه الشافعى فى مسنده ١٩٠/٢ - كما فى بدائع المنن - من طريق مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة بنحوه ولم أجده عنده من رواية سفيان .

وقد أخرجه من طريق سفيان عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة :

البخارى فى صحيحه / ك : الحوالة ٣٨ باب : إذا أحال على ملىء فليس له ردّ ٢جـ٤/٥٤٥ رقم ٢٢٨٨ .

والنسائى فى سننه ٢٧٨/٧ ، ك : البيوع ، ب : مطل الغنى - بنحوه .

وابن ماجه فى سننه ٨٠٣/٢ ، ك : الصدقات ١٥،ب : الحوالة ٨، رقم ٢٤٠٣ .

٣- ليست فى : أ ، م .

٤- هنا فى جميع النسخ :(فما رواه أبو بشر بن أبى حبيش عن أبى هريرة) ولم أجد ذلك فى أسانيد هذا الحديث .

٥- رواه أحمد فى مسنده ٤٦٣/٢ . من طريق وكيع ثنا سفيان عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة مرفوعاً بلفظ «مطل الغنى ظلم ومن أحيل على ملىء فليحتل» .

قال الحافظ فى التلخيص ٤٦/١ : وهى رواية لأحمد صحيحة .

والبيهقى فى السنن الكبرى ٧٠/٦ من طريق أحمد بن عبيد الصفار ثنا محمد بن غالب ثنا معلى ابن منصور ثنا ابن أبى الزناد عن أبيه عن الأعرج عن أبى هريرة فذكره مرفوعاً بلفظ «مطل الغنى ظلم وإذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل» .

وابن أبى شيبة فى المصنف : ك : البيوع والأقضية ، ب : مطل الغني ودفعه ٣٤٩ جـ٧/٧٩ رقم ٢٤٤٥ من حديث أبى هريرة رضى الله عنه بمثل رواية أحمد .

ورواه البزار من حديث ابن عمر وفى أوله : نهى عن بيعتين فى بيعه ... ثم ذكره .

قال الهيثمى فى مجمع الزوائد ١٣١/٤ : (رواه البزار ورجاله رجال الصحيح خلا الحسن ابن عرفة وهو ثقة) .

وقد قال الحافظ عن الحسن : (صدوق) كما فى التقريب ٢٠٦/١ .

وانظر كشف الأستار عن زوائد البزار ١٠٠/٢ رقم ١٢٩٩ ، نصب الراية ٥٩/٤ .

٦- سيأتى ص ٢٠٦ وانظر ما سبق ص ١٨٩.

٧- سيأتى ص ٢٠٨ .

أ- فصل (أركان الحوالة) :

فإذا ثبت جواز الحوالة فاعلم أنها لا تتم إلا بأربعة :

بمحيل [١]، ومحتال ، ومحال عليه ، ومحال به .

فأما المحيل فهو الذى كان الحق عليه فنقله بالحوالة إلى ذمة غيره .

فلابد أن يكون مختاراً لنقل الحق من ذمته - فإن لم يختره لم يجبر عليه [٢].

لأن رضاه شرط فى صحتها ؛ لأن المحق إذا لزمه فالمستحق عليه أداؤه لا نقله .

ألا ترى أنه لو سئل نقل الحق إلى عين يعطيها بدلاً من الحق لم يلزمه ، فكذا لو سئل نقله إلى ذمة أخرى لم يلزمه [٣] . [٤].

ب : فصل (الكلام عن المحتال) :

وأما المحتال فهو صاحب الحق الذى نقله من ذمة المحيل إلى ذمة أخرى .

[ورضاه] [٥] بنقل [٦] الحق شرط فى صحة الحوالة - وليس قبولها واجباً عليه / ١٠٤ أ . [٧]

١- فى أ : محيل و ..

٢- فى ب ، جـ ، د ، م : فإن لم يخترها لم يجبر عليها .

٣- فى ب و جـ : لم تلزم ، وفى أ : لم يلزم .

٤- التنبيه ٧٤ ، روضة الطالبين ٢٢٨/٤ ، نهاية المحتاج ٤٢١/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٣/٢ ، أسنى المطالب ٢٣٠/٢ .

٥- سقطت من : د .

٦- فى أ : فى نقل .

٧- مذهب الشافعية والحنفية والمالكية أن رضا المحال شرط فى صحة الحوالة ولا يلزمه قبولها - وهذا رواية عن أحمد ، لأنه صاحب الحق فلا ينقل بغير رضاه .

ومذهب الحنابلة والظاهرية أن رضاه لا يشترط إن أحيل على ملىء ، وإن أحيل على معسر فرضاه شرط لصحتها لما فى ذلك من الضرر .

وحجة هذا القول هو ظاهر حديث الباب .

وقال الجمهور إن الأمر فى الحديث ليس للوجوب ..

كما فى : أحكام الأحكام ١٩٩/٣ ، فتح البارى ٥٤٤/٤ معالم السنن ٦٤٠/٣ ، حواشي تحفة المحتاج ٢٢٨/٥ ، وانظر ما يأتي ص ١٩٣ .

وقال داود (١) ، وأبو ثور (٢) : قبولها إذا أحيل على مليء واجب عليه . (٣)
لقوله صلى الله عليه وسلم : «إذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل» (٤) وهذا أمر يقتضي الوجوب .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : «إن لصاحب الحق يداً ومقالا» (٥) فكان (٦) عاماً .

١- داود بن عليّ بن خلف ، أبو سليمان الأصبهاني البغدادي ، إمام الظاهرية ، كان شافعي المذهب متعصباً في ذلك ، ثم استقل بمذهبه ، كان ورعاً من عقلاء الناس ، صنف الكافي في مقالة المطلبي ، إبطال القياس ، المعرفة ، الصلاة .. توفي ببغداد سنة سبعين ومائتين (٢٧٠) هـ رحمه الله تعالى .
الطبقات الكبرى للسبكي ٢٨٤/٢ ، تاريخ بغداد ٣٦٩/٨، ميزان الاعتدال ١٤/٢ ، تهذيب الأسماء ١٨٢/١ .

٢- إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان البغدادي الكلبي ، كان من أصحاب الرأي حتى حضر الشافعي إلى بغداد فاختلف إليه واهتم بالحديث ، ونقل قول الشافعي القديم ، كان إماماً ورعاً فقيهاً ، أثنى عليه العلماء ثناء عظيماً ، توفي سنة أربعين ومائتين (٢٤٠ هـ) في بغداد رحمه الله تعالى .
الطبقات الكبرى للسبكي ٧٤/٢ ، طبقات الشافعية للإسنوي ٢٥/١ ، تهذيب الأسماء ٢٠٠/٢ ، وفيات الأعيان ٧/١ .

٣- وهذا مذهب الحنابلة كما سبقت الإشارة إلى ذلك قريبا ، وانظر هذه المسألة في المهذب ٣٣٨/١ ، التنبيه ٧٤ ، فتح العزيز ٣٣٧/١ ، الروضة ٢٢٨/٤ ، مغني المحتاج ١٩٣/٢ .
مختصر الطحاوي ، ١٠٢ ، بدائع الصنائع ٣٤٣٥/٧ ، الهداية ١١٠/٣ ، الاختيار ٤/٣ ، فتح القدير ٢٣٩/٧، مجمع الأنهر ١٤٦/٢ .
والمدونة ٢٢٨/٥ ، بداية المجتهد ٢/ ٢٩٩ ، مواهب الجليل ٩٠/٥ ، الخرشي ١٧/٦ ، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي ٣٢٥/٣ .
والمغني ٣٩٣/٤ ، المقنع ١٢١/٢ ، الشرح الكبير للمقدسي ٢٩/٣ ، كشاف القناع ٣٧٤/٣ ، الروض المربع ٢٥٠ .
والمحلى ٣٩٢/٦ .

٤- سبق تخريجه ص ١٩١ .

٥- لم أجده بهذا النص . وقد روى الدار قطني في سننه ٢٣٢/٤ كتاب : الأقضية باب : المرأة تقتل إذا ارتدت عن مكحول قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن لصاحب الحق اليد واللسان» وهذا مرسل .
لكن رواه البخاري في صحيحه ٤٨٣/٤ك : الوكالة ٤٠ ب : الوكالة في قضاء الديون ٦ رقم ٢٣٠٦ ، وك: الاستقراض ٤٣ ب : لصاحب الحق مقال ١٣ رقم ٢٤٠١ جـ٦١/٥ ، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم يتقاضاه فأغلظ فهمّ به أصحابه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً ..» الحديث - فلم يذكر كلمة اليد .
ومسلم في صحيحه ٢٢٥/٣ كتاب المساقاة ٢٢ باب : من استلف شيئاً فقضى خيراً منه ٢٢ رقم ١٦٠١/١٢٠ أيضاً من حديث أبي هريرة بمثله . وأحمد في مسنده ٤١٦/٥ ، ٤٥٦ - بمثله .
والبيهقي في السنن الكبرى ٥٢/٦ كذلك .
ورواه ابن ماجه : كتاب :الصدقات ١٥ باب : لصاحب الحق سلطان ١٧ جـ٨١٠/٢ رقم ٢٤٢٥ من حديث ابن عباس فذكر القصة وفيه «إن صاحب الدين له سلطان على صاحبه حتى يقضيه» وفي إسناده حنش واسمه حسين ابن قيس قال عنه الحافظ في تقريب التهذيب ٢١٧/١ «متروك»

٦- في جـ : وكان .

ولأن الحقوق التى فى الذمم قد تنقل تارة إلى ذمة بالحوالة ، وتارة إلى عين بالمعاوضة ، فلما ثبت أن نقله إلى العين لا يلزم إلا بالتراضى فنقله إلى الذمة أولى ألا يلزم [إلا] [١] بالتراضى - لأن بنقله إلى عين أخرى قد وصل إلى حقه ، وبنقله إلى ذمة أخرى لم يصل إلى حقه.

ولأن ما ثبت فى الذمة قد يكون تارة سلماً [٢] وتارة دينا ؛ فلما لم يلزم قبول الحوالة فى السلم [٣] لم يلزم قبول الحوالة فى الدَّين .

فأما الخبر فمحمول على الإباحة " لأنه وارد بعد حظر [٤] وهو : [٥] نهيه عن بيع الدَّين بالدَّين . [٦]

١- سقطت من : د .

٢- السَّلَمُ لغة : السلف وزنا ومعنى - يقال : أسلم الرجل فى البرّ أى أسلف ، وسلّف إذا قدم الثمن.
والسلف نوع من البيوع يعجل فيه الثمن وتضبط السلعة بالوصف إلى أجل معلوم .
ومما قاله الفقهاء فى تعريفه أنه بيع موصوف فى الذمة .
الصحاح ١٣٧٦/٤ ، المغرب ٤٠٨/١ ، تهذيب الأسماء مج٣ / جا١ق٢/١٥٣ ، المصباح المنير ٢٦٨ تصحيح التنبيه ٦٨ ، مغنى المحتاج ١٠٢/٢ .

٣- انظر ما يأتى ص ١٩٩ .

٤- الخبر الذى استدل به من لم يشترط رضا المحال على ملىء سبق قريبا. وقال الجمهور هو مصروف عن الوجوب - انظر ما سبق ص ١٩٢ .
وذكر المصنف هنا ما صرفه وهو وروده بعد حظر - لكن هذا يحتاج إلى دليل يبين المتقدم من المتأخر .
ثم إن الأصوليين اختلفوا فى الأمر بعد الحظر فقال بعضهم يكون للإباحة وقال آخرون للوجوب ، وقيل للندب ، وقيل غير ذلك . انظر : مختصر ابن الحاجب ٩١/٢ ، تيسير التحرير ٣٤٥/٢ ، المستصفى ٤٣٥/١ ، روضة الناظر ١٩٨/٢ .

٥- فى د : بعد حظره ونهيه عن ..

٦- ورد من حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالىء بالكالىء. رواه الدار قطنى فى سننه ٧١/٣ كتاب : البيوع رقم ٢٦٩ وقال : قال اللغوين : هو النسيئة بالنسيئة.
والحاكم فى المستدرك ٥٧/٢ ، البيهقى فى السنن الكبرى ٢٩٠/٥ ، الطحاوى فى مشكل الآثار ٣٤٦/١ .
قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، وأقره الذهبى .
وفى إسناده : موسى بن عبيده قال عنه الحافظ فى التقريب ٢٢٦/٢ : (ضعيف)
وقد ورد فى إسناده عند الدار قطنى والحاكم : موسى بن عقبة وهو ثقة فقيه إمام - كما فى المصدر السابق ٢٢٦/٢ ،
لكن قال البيهقى إن ذلك غلط منهما فهو موسى بن عبيدة بلا شك وقد تفرد بالحديث انظر : السنن الكبرى ٢٩٠/٥ التعليق المغنى ٧٢/٣ .
وقال الحافظ فى بلوغ المرام ص ١٧٨ : رواه إسحاق والبزار بإسناد ضعيف .

ج - فصل : (المحال عليه والخلاف فى اشتراط رضاه بالحوالة) :

وأما المحال عليه فهو : من انتقل الحق بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمته .

وظاهر مذهب الشافعى أن رضاه غير معتبر فى صحة الحوالة - بل تتم برضا المحيل والمحتال- سواء رضي بذلك المحال عليه أم لم يرض .

وبه قال [من] (١) أصحابنا (٢) : أبو العباس بن سريج ، وأبو إسحاق المروزى ، وأبو على ابن أبى هريرة . (٣)

وقال أبو إبراهيم المزنى ، وأبو عبد الله الزبيرى (٤) ، وأبو سعيد الإصطخرى ، وأبو حفص ابن الوكيل : (٥)

الحوالة لا تتم إلا برضا المحال عليه - فإن لم / يقبلها ولم يرض بها لم تصح . (٦) ١٠٤ ب

١٠٤ ب

١- سقطت من : د .

٢- فى أ و د : أصحابه .

٣- الأصح فى مذهب الشافعية أن المحال عليه لا يشترط رضاه بالحوالة إذا كان عليه دين للمحيل .
لأن الحق للمحيل فله أن يستوفيه بنفسه أو بغيره كالتوكيل .
والوجه الثانى أن رضاه شرط ، لأنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه بها كالمحتال .
المهذب ٣٣٨/١، التنبيه ٧٤ ، حلية العلماء ٣٥/٥ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ٣٥٤/٢ ، فتح العزيز ٣٣٩/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٨/٤ ، مغنى المحتاج ١٨٤/٢ ، نهاية المحتاج ٤٢٣/٤ ، أسنى المطالب ٢٣٠/٢ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ٣١٩/٢ .
وقد قال بعدم اشتراط رضاه المالكية والحنابلة أيضا أما الحنفية فيشترطون رضاه لكى تصح الحوالة - وسيأتى .

٤- الزبيرى - نسبة إلى الزبير بن العوام حيث يصل نسبه إليه - واسمه الزبير بن أحمد بن سليمان ، حفظ المذهب الشافعى ، كان عارفاً بالأدب والأنساب ، سكن البصرة ، صنف « الكافى والهداية » .. توفى سنة سبع عشرة وثلاثمائة (٣١٧ هـ) رحمه الله تعالى .
طبقات السبكى الكبرى ٢٩٥/٣ ، طبقات الإسنوى ٦٠٦/١ تاريخ بغداد ٤٧١/٨ ، مرآة الجنان ٢٧٨/٢ .

٥- أبو حفص بن الوكيل : عمر بن عبد الله بن موسى الباب شامى نسبه إلى باب الشام ، فقيه جليل ومن المحدثين والرواه . توفى بعد سنة عشر وثلاثمائة - رحمه الله تعالى .
طبقات السبكى الكبرى ٤٧٠/٣ ، طبقات ابن قاضى شهبه٩٨/١ ، تهذيب الأسماء ٢١٥/٢ ، طبقات الشافعية لابن هداية الله ١٦ .

٦- المصادر السابقة فى هامش ٣ .

وبه قال أبو حنيفة [(١)] ومالك [(٢)] .

استدلالاً بأن من كان وجوده فى الحوالة شرطاً كان رضاه فيها شرطاً - كالمحيل والمحتال .

ولأن الدين قد يتعلق بالذمة أصلاً وبالرهن فرعاً ، فلما لم يكن [لصاحب] [(٣)] الدين أن يولى الرهن غيره [(٤)] فأولى ألا يكون له أن يولى الذمة [(٤)] غيره . [(٥)]

ولأنه [(٦)] ربما كان صاحب الدين أسهل اقتضاء [(٧)] ، وأحسن معاملة ، وأسمح قبضا [(٨)] ؛ فلا يرضى من عليه الدين بمعاملة غيره - لأنه بخلاف معاملته - فلذلك كان نقل [(٩)] الدين بالحوالة موقوفاً على قبوله .

ودليلنا هو : أن من عليه الدين مملوك الذمة فلم يكن رضاه معتبراً فى نقل الملك - كبيع العبد المملوك .

١- مذهب الحنفية أنه لابد من رضا المحال عليه . كالمحتال ، لأن الدين يلزمه فلابد من التزامه .
مختصر الطحاوى ١٠٢ ، بدائع الصنائع ٣٤٣٥/٧ ، الهداية ١١٠/٣ ، الاختيار ٤/٣ ، فتح القدير ٢٣٩/٧، تبيين الحقائق ١٧١/٤ ، الفتاوى الهندية ٢٩٦/٣ ، مجمع الأنهر ١٤٦/٢ .

٢- المشهور من مذهب مالك أنه يعتبر رضا المحيل والمحال فقط ولا يعتبر رضا المحال عليه إلا إذا كان عدواً للمحال ، فما نسبه المصنف له هنا لم أجده - حسب المصادر التى رأيتها للمالكية . المدونة ٢٨٨/٥ ، بداية المجتهد ٢٩٩/٢ ، الكافى في فقه أهل المدينة ٧٩٧/٢ ، مواهب الجليل ٩١/٥ ، الخرشى ١٦/٦ ، حاشية الدسوقى ٣٢٥/٣ . جواهر الإكليل ١٠٧/٢ .
أما الحنابلة فمذهبهم كمذهب الشافعية والمالكية وهو أن رضا المحال عليه غير معتبر فى صحة الحوالة .
المقنع ١٢١/٢ ، الكافى ٢٢١/٢ ، المغنى ٣٩٣/٤ ، الفروع ٢٥٦/٤ ، الإنصاف ٢٢٧/٥ ، شرح المنتهى ٢٥٧/٢ ، كشاف القناع ٣٧٤/٣ .
وقد علّل المصنف هنا لقول الجمهور وأجاب عن حجج الذين اشترطوا رضا المحال عليه .

٣- سقطت من : د .

٤- فى أ : إلى غيره .

٥- بدائع الصنائع ٣٤٣٦/٧ ، تبيين الحقائق ١٧١/٤ ، العناية مع فتح القدير ٢٤٠/٧.

٦- فى ب و جـ : قد ربما ، وفى د : ولا ربما .

٧- فى جـ : قضاء .

٨- فى م : وأسهل معاملة ، وأسمح قبضا .

٩- فى أ : تقبل ، وفى ب و جـ و م : بقاء

ولأن بالحوالة يزول ملكه عن الدين كالإبراء ؛ فلما لم يكن رضا المبرأ [١] معتبراً في صحة البراءة لم يكن رضى المحال عليه [معتبراً] [٢] في صحة الحوالة .

ولأن مالك الدين مخيّر في استيفائه بنفسه وبغيره ؛ كالوكيل - فكذلك بالمحتال . [٣][٤]

فأما الجواب عما ذكروه من المحيل والمحتال : [٥]

فالمعنى في المحيل : أنه مالك فكان رضاه معتبرا في زوال ملكه ، والمحال عليه مملوك .

والمعنى في المحتال : أنه لما لم تتم البراءة من دينه إلا برضاه لم تتم الحوالة به إلا عن رضاه ، ولما تمت البراءة من [٦] الدين [الذي] [٧] على المحال عليه بغير رضاه تمت الحوالة بغير رضاه .

وأما الجواب/عن الرهن فهو : م ١٠٥

أن المرتهن لما لم يملك الرهن لم يكن [٨] له أن ينقله إلى غيره ، ولما كان المحيل مالكا للدين جاز أن ينقله إلى غيره .

وأما الجواب عن قولهم : إن من عليه الدين لم يرض إلا بمعاملته ، ولا دخل إلا [٩] تحت ملكه [١٠] ؛ فمنتقض بالوكيل . ثم يقال : هو لما [١١] ملكت ذمته بالعبد [١٢] - المملوك الذي لا خيار له في تمليك نفسه - أشبه . [١٣] .

١- في د : رضا العبد معتبراً .

٢- سقطت من د

٣- في أ : وكذلك المحتال .

٤- المصادر السابقة .

٥- احتج الحنفية بقياس المحال عليه على المحيل والمحتال فأجاب المصنف بإثبات الفارق .

٦- في جـ و م : عن

٧- سقطت من : أ ، وفي د : إلى

٨- في د : لم يملك أن .

٩- في د : إلى .

١٠- في ب و د : ملكته .

١١- في م : كما قد ملكت .

١٢- في ب : كالعبد .

١٣- الراجح قول الجمهور لقوّة تعليلاتهم ولأنه أمكن الرد على تعليلات الحنفية - والله أعلم .

د - فصل : (المحال به : حالاته وشروطه) :

وأما المحال به : فهو الحق [١] الذى يتحول بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه .

وللحق ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون لازما مستقرا .

والثانى : أن يكون غير لازم ولا مستقر .

والثالث : أن يكون لازماً غير مستقر .

فإن كان الحق لازماً مستقراً - كأروش [٢] الجنايات ، وقيم المتلفات ، وأثمان المقبوض بعقود المعاوضات [٣] - فالحوالة [به] [٤] - إذا كان [٥] على مثل هذه الصفة [٦] - جائزة .

فلو كان الحق دراهم لم [يجز] [٧] أن تكون الحوالة بدنانير ، ولو كان بصحاح [٨] لم يجز أن تكون الحوالة بمكسرة ، [٩] ولو كان حالا لم يجز أن تكون بمؤجل - **حتى يحيله بمثله** : فى [١٠] الدراهم بدراهم ، وفى الصحاح بصحاح ، [وفى] [١١] الحالّ بحالّ ، وفى المؤجل

١-فى أ : وهو الدين الذى يحول .

٢- جمع أرش ويقصد به الدية ، أو المال الواجب فيما دون النفس ثم استعمل فى نقصان الأعيان ، فيطلق على الفرق بين قيمة السلعة صحيحة ومعيبة .

الصحاح ٩٩٥/٣ ، القاموس المحيط ، ٧٥٣ ، المغرب ٣٥/١ ، التعريفات ١٧ ، المصباح المنير ١٢ ، النظم المستعذب ٢٨٥/١ .

٣- فى د : المقابضات .

٤- سقطت من : د .

٥- فى ب و د و م : كانت .

٦- فى جـ و د و م : على مثل صفته .

٧- سقطت من : د .

٨- فى أ و د : ولو كان صحاحاً .

٩- هذه أوصاف للدراهم والدنانير فالدراهم قطع من الفضة ، والدنانير قطع من الذهب فقد تكون صحاحاً سليمة أو مكسرة - مع احتفاظها بالقيمة - أو مغشوشة ، وهذه الأوصاف لا تدخل فى العملات الورقية الموجودة فى زمننا ، انظر : روضة الطالبين ٢٥٧/٢ ، ٣٧٩/٤ ، تصحيح التنبيه ٤١ ، معالم السنن ٦٢٢/٣، المصباح المنير ١٩٣ ، ٢٠٠ .

١٠- فى أ و م : من الدراهم .

١١- سقطت من : د .

بمؤجل .[١]

فإن كان الحق المستقر من غير الدراهم والدنانير - كالبر والشعير - فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون مما تجوز المعاوضة عليه قبل قبضه ، أم لا .

فإن كان مما تجوز المعاوضة عليه قبل قبضه/- كالقرض وما استهلك بالغصب - فالحوالة به جائزة كالحوالة[٢] بالدراهم والدنانير .

١٠٥ ب

وإن كان مما لا تجوز المعاوضة عليه قبل قبضه - كالسلم - فقد خرّج أبو العباس بن سريج في جواز الحوالة به[٣] وجهين[٤] - من اختلاف الوجهين في الحوالة : هل هي بيع أو عقد إرفاق ؟[٥]

فجوّز الحوالة به إن قيل : إنها[٦] عقد إرفاق ، وأبطلها إن قيل : إنها بيع .

١- المهذب ٣٣٨/١ ، التنبيه ٧٤، فتح العزيز ٣٤٢/١٠ ، روضة الطالبين ٢٣١/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٥/٢ ، نهاية المحتاج ٤٢٥/٤ ، أسنى الطالب ٢٣١/٢ .

وقد ذكر النووى فى الروضة والمنهاج أن اشتراط اتفاق الدينين فى الجنس والقدر والحلول والتأجيل والصحة والتكسير والجودة والرداءة هو الأصح أو الصحيح من الوجهين ، وفى وجه آخر تجوز الحوالة ولو لم يتفق الدينان فى هذه الأمور .

٢- فى ب و جـ و د و م : كما تجوز بالدراهم ..

٣- فى ب و جـ : فيه .

٤- المهذب ٣٣٧/١ ، التنبيه ٧٤ ، حلية العلماء ٣٢/٥ ، روضة الطالبين ٢٣١/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٤/٢ .

قال النووى فى الروضة (أطلق الإمام الرافعى أن الدين اللازم تصح الحوالة به وعليه ، واقتدى فى ذلك بالغزالى وليس كذلك فإن دين السلم لازم ولا تصح الحوالة به ولا عليه - على الصحيح ، وبه قطع الأكثرون .

وحُكى وجه فى الحاوى والتتمة وغيرهما : أنه يجوز ...) .

٥- ستأتى هذه المسألة ص ٢٠١ .

٦- فى أ : إنه .

وإن كان الحق غير لازم ولا مستقر - كمال الجعالة [١] وعوض الكتابة - فالحوالة به لا تصح.

لأن مالم [٢] يجب قبل الحوالة لم يصر واجباً بالحوالة . [٣]

وإن كان لازماً غير مستقر - كالثمن فى مدة الخيار - ففى جواز الحوالة به وجهان : [٤]

أحدهما : تجوز - إن قيل إنها عقد إرفاق.

والثانى : لا تجوز - إن قيل : إنها [٥] بيع .

فأما وجوب الحق على المحال عليه فقد اختلف أصحابنا :

هل هو شرط فى صحة الحوالة [أم لا] ؟ [٦] [على وجهين :

أحدهما : [أنه شرط] [٧] فى صحة الحوالة - فمتى مالم] [٨] يكن للمحيل على المحال عليه ذلك الحق الذى أحال به [عليه] [٩] فالحوالة باطلة .

١- الجعالة : بكسر الجيم - وقيل بتثليتها - وهى لغة اسم لما يجعل للإنسان على فعل شىء .
واصطلاحاً : أن يجعل لمن عمل له عملاً عوضا كقوله : من بنى لى حائطاً أو رد لى ضالاً فله كذا .
الصحاح ١٦٥٦/٤، القاموس ١٢٦٣ ، المغرب ١٤٨/١ ، التنبيه وتصحيحه ٨٦ ، مغنى المحتاج ٤٢٩/٢ .

٢- فى أ : مالا يجب .

٣- روضة الطالبين ٢٣٠/٤ - ونقل وجهاً بجوازها بمال الجعالة وعليه بعد العمل .
وقال النووى : قطع الماوردى بالمنع مطلقا - يشير إلى رأى المصنف أعلاه ، وانظر : نهاية المحتاج ٤٢٤/٤ ، حواشى تحفة المحتاج ٢٢٨/٥ ، أسنى المطالب ٢٣١/٢ .

٤- حلية العلماء ٣٣/٥ ، فتح العزيز ٣٤١/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٩/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٤/٢ ، نهاية المحتاج ٤٢٤/٤ ، أسنى المطالب ٢٣١/٢ .
وذكر النووى فى الروضة والمنهاج أن الحوالة تصح بالثمن وعليه فى مدة الخيار - على الأصح .
مع أنه ذكر أن الأصح فى الحوالة : أنها بيع كما سيأتى ص ٢٠١ .

٥- فى د : انها عقد بيع .

٦- سقط من : ب و جـ و د و م .

٧- سقط من : د .

٨- سقط من جـ- من قوله : على وجهين .

٩- سقطت من : د .

لأن الحوالة من تحوّل الحق [١] ؛ فلابد من أن يكون الحق واجباً على المحال عليه كما كان واجبا للمحتال .

والوجه الثانى : يصح وتجرى مجرى الضمان ؛ لأنها وثيقة . [٢]

فعلى هذا لا تتم إلا بقبول المحال عليه .

ولا رجوع له بالحوالة قبل أدائها .

فإن أداها بأمر [٣] رجع بها ، وإن كان بغير أمر [٣] لم يرجع بها .

هـ . فصل : **(الخلاف فى كون الحوالة بيعا أو عقد إرفاق) :**

١٠٦ P

فإذا ثبت أن صحة الحوالة/معتبرة بهذه الشروط الأربعة : [٤]

فقد اختلف أصحابنا : هل هى بيع أو عقد إرفاق ومعونة ؟ على وجهين : [٥]

أحدهما – وهو ظاهر نص الشافعى فى كتاب « السَّلَم [٦] » – : أن الحوالة بيع ؛ لأن المحتال قد عاوض [على] [٧] ذمة بذمة .

١- انظر ص ١٨٩ .

٢- الوجهان فى :

المهذب ٣٣٨/١ ، التنبيه ٧٤ ، روضة الطالبين ٢٢٨/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٤/٢ ، نهاية المحتاج ٤٢٣/٤ ، حاشية قليوبى ٣١٩/٢ .

ولم أجد تصريحا بتصحيح أحد الوجهين ، لكن عبارة النووى فى المنهاج تقوّى الأول ، حيث قال : (ولا تصح على من لا دين عليه ، وقيل تصح برضاه) .

٣- فى أ : أمره .

٤- يعنى : المحيل والمحتال والمحال عليه والمحال به – كما ذكر ذلك ص ١٩٢ .

٥- فتح العزيز ٣٣٨/١٠ ، روضة الطالبين ٢٢٨/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٣/٢ ، نهاية المحتاج ٤٢١/٤ ، حواشى تحفه المحتاج ٢٢٦/٥ ، أسنى المطالب ٢٣٠/٢ ، الأشباه والنظائر في الفقه للسيوطى ٤٦١ ، وفي روضة الطالبين : وأصحهما أنها بيع وهو المنصوص لأنها تبديل مال بمال .

٦- قال الشافعى رحمه الله تعالى فى الأم ١٣٥/٣ فى كتاب السلم (وتحويلهما بيعهما فى سلعة غيرها بيعٌ للسلعة) وقال فى باب حكم المبيع قبل القبض وبعده ٧٣/٣ : (ومن سلف رجلاً فى طعام يحل فأراد الذى عليه الطعام أن يحيل صاحب الطعام على رجل له عليه طعام مثله من بيع ابتاعه منه فلا خير فيه ، وهذا هو نفس بيع الطعام قبل أن يقبض ، **والإحالة بيع**).

٧- ليست فى : أ .

والوجه الثانى : أنها عقد معونة وإرفاق .

لأنها تخرج عن حكم البيوع [١] بما يتعلق عليها من الأحكام .[٢]

فإذا قيل : إنها بيع فقد اختلف أصحابنا :

هل هي : [٣] بيع دين بدين - خصّ [٤] بالشرع - أو بيع عين بدين ؟

على وجهين . [٥]

ثم على كلا الوجهين لا يدخلها خيار الثلاث [٦].

فأما خيار المجلس :

فعلى الوجه الذى يقول إنها عقد معونة وإرفاق لا يدخلها خيار المجلس [لأنه] [٧] موضوع لاستدراك الغبن [٨] فى عقود المعاوضات .

وعلى الوجه الذى يقول : [إنها عقد بيع - فى خيار المجلس وجهان : [٩]

أحدهما : لا يدخل فيها خيار المجلس - وهذا على الوجه الذى يقول : إنها بيع دين بدين .

١- فى م : لأنها تخرج من البيوع بما يتعلق بها من الأحكام .

٢- وفى حاشية الرشيدى على نهاية المحتاج ٤٢١/٤ (قال الأذرعى : وقد اختلف أصحابنا فى حقيقة الحوالة : هل هى استيفاء حق ، أو إسقاطه بعوض ، أو بيع عين بعين تقديراً ، أو بيع دين بدين - رخصة ؟

وجوه أصحها آخرها ، وهو المنصوص .

واختار القاضى الحسين والإمام ووالده والغزالى القطع باشتمالها على المعنيين الاستيفاء والمعاوضة - وإنما الخلاف فى أيهما الغالب) .

٣- فى أ : هل هو .

٤- فى ب و م : يختص .

٥- المصادر السابقة (هامش ٥) .

وفى روضة الطالبين ٢٢٨/٤ (والصحيح أنها بيع دين بدين واستثنى هذا للحاجة) .

٦- يعني خيار الشرط كما سبق بيانه ص ٤٦ .

٧- سقطت من : د .

٨- فى جـ لاستقرار العين .

٩- المهذب ٣٣٨/١ ، التنبيه ٧٤ ، روضة الطالبين ٤٣٥/٣ ، ٤٤٨ ، مغنى المحتاج ٤٣/٢ .

وقد مرّ قريباً أن الصحيح فى الحوالة أنها بيع دين بدين - وعليه فلا يثبت فيها خيار المجلس .

والثانى : يدخل فيها خيار المجلس - إذا قيل] [١] : إنها بيع عين بدين .

وعلى هذين الوجهين : هل يصح اشتراط الرهن فيها والضمان ، [أم لا ؟

فيه وجهان [٢]:] [٣]

أحدهما : يصح - إن قيل إنها بيع عين بدين .

والثانى : لا يصح - [إن قيل] [٤] إنها بيع دين بدين [٥] .

١- مسألة : **(ما يترتب على الحوالة)**:

قال الشافعى - رحمه الله تعالى - : (وفى هذا دلالة أن الحق يتحول [٦] على المحال عليه ، ويبرأ منه المحيل - فلا يرجع عليه أبداً ، كان المحال عليه غنياً أو فقيراً ، أفلس أو مات معدماً [٧]) [٨] وهذا كما قال .

إذا قبل المحتال الحوالة فقد انتقل الحق من ذمة [المحيل إلى ذمة] [٩] المحال عليه إجماعاً . [١٠]

١- ما بين المعكوفتين ساقط من : أ .

٢- سقط من : ب و جـ و د .

٣- فى أدب القضاء لابن أبى الدم ٣٥٦/٢ (لو شرط فى الحوالة أن يعطيه المحال عليه بالدين كفيلا ، أو رهنا : قال المتولى : لا يصح لأنها عقد إرفاق - ولم يذكر فيه خلافاً) .
ولم أجد المسألة عند غيره .

٤- سقط من : د .

٥- هنا فى ب : **بلغ مقابلة**.

٦- فى جـ : على أن الحق تحوّل .

٧- فى د : معذورا .

٨- المختصر ٢٠٥ ، الأم ٢٣٣/٣ .

٩- سقط من : د .

١٠- نُقل الخلاف فى كون الحوالة تنقل الحق إذا قبلها المحتال عن الحسن البصرى فكان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه المحتال ، ونقل أيضا عن زفر بن الهذيل أنه جعل الحوالة كالضمان فلا تنقل الحق وسيذكر المصنف خلافه هذا ص ٢٥٣ ، وانظر المصادر الآتية قريباً .

ب
١٠٦

فإن أفلس المحال عليه أو جحد لم يكن للمحتال أن يرجع على المحيل بشيء . [١]

وقال أبو حنيفة : [٢] للمحتال أن يرجع على المحيل إن مات المحال عليه مفلساً ، أو جحد الحق حيا .

١- قال جمهور العلماء إن نقل الحق بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه لا يسمح للمحتال بالرجوع على المحيل ولو أفلس المحال عليه أو جحد الحق المحال به .

- وهذا مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة - إلا أن المالكية - يسمحون له بالرجوع إذا كان المحيل غرّه فأحاله على معدم ، وسيأتى ص ٢١٣ .

أما الحنابلة فيشترطون أن يكون المحال عليه حين الحوالة غير مفلس أو يكون رضي المحال بها .

- وقال الحنفية يرجع المحال على المحيل إذا كانت الحوالة ستؤدى إلى ضياع حقه وهلاكه وهو ما يعبّر عنه بالتّوَى ويعنى العجز عن الوصول إلى الحق .

والتّوَى عند أبى حنيفة رحمه الله أحد أمرين : إما أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة عليه ، أو يموت مفلساً .

وزاد صاحباه أمراً ثالثاً وهو : أن يحكم الحاكم بإفلاس المحال عليه حال حياته .

وقد ذكر المصنف جملة من الحجج والأدلة التى يستدل بها كل من الفريقين مع المناقشة

انظر :

الأم ٢٣٣/٣ ، المختصر ٢٠٥ ، المهذب ٣٣٨/١ ، التنبيه ٧٤ ، حلية العلماء ٣٥/٥ ؛ فتح العزيز ٣٤٤/١٠ ، روضة الطالبين ٢٣٢/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٥/٢ ، نهاية المحتاج ٤٢٨/٤ ، أسنى المطالب ٢٣٢/٢ ، فتح البارى ٥٤٢/٤ .

والموطأ ٢٢١/٢ ، المدونة ٢٨٨/٥ ، بداية المجتهد ٣٠٠/٢ ، الكافى في فقه أهل المدينة ٧٩٧/٢ ، مواهب الجليل ٩٥/٥ ، الخرشى ٢٠/٦ ، حاشية الدسوقى ٣٢٨/٣ ، جواهر الإكليل ١٠٨/٢ .

والمغنى ٣٩٣/٤ ، المقنع ١٢١/٢ ، الكافى ٢٢١/٢ ،التنقيح ١٩٩ ، الفروع ٢٥٦/٤ ، الإنصاف ٢٢٧/٥ ، شرح المنتهى ٢٥٧/٢ ، كشاف القناع ٣٧١/٣ .

٢- مذهب الحنفية في :

مختصر الطحاوى ١٠٣ ، بدائع الصنائع ٣٤٤٢/٧ ، الهداية ١١٠/٣، الاختيار ٤/٣ ، تبيين الحقائق ١٧٢/٤ ، العناية مع فتح القدير ٢٤٣/٧ ، البحر الرائق ٢٧٢/٦ ، الفتاوى الهندية ٢٩٦/٣ مجمع الأنهر ١٤٨/٢ .

وقال أبو يوسف ومحمد : يرجع عليه فى هذين الموضعين ، وإذا [١] أفلس حياً . [٢]

واستدلوا بحديث [٣] شعبه [٤] عن خليد [٥] بن [٦] جــــعــــفــــر

١- فى أ : وإن .

٢- سبق مذهب الحنفية ومصادره قريباً .

٣- سيأتى أنه من كلام عثمان رضى الله عنه - والمشهور فى اصطلاح الفقهاء أن يعبّر عن المضاف للصحابى بأنه أثر ، وقد يقصد به المرفوع إذا قيّد فيقال فى الأثر عن النبى صلى الله عليه وسلم .

أما الحديث فهو ما أضيف للنبى صلى الله عليه وسلم فقط .

والمحدّثون لا يفرقون بينهما فكل منهما أثر .

انظر ما سبق ص ٤٢ .

٤- شعبة بن الحجاج بن الورد العتكى الأزدى ، من تابعى التابعين ، إمام مشهور من أعلام المحدثين اتفقوا على إمامته في الحديث وجلالته وتحريه ، نشر علم الحديث بالعراق فقال عنه الشافعى رحمه الله تعالى :

(لولا شعبة ما عرف الحديث بالعراق) ، توفى سنة ستين ومائه هجرية (١٦٠ هـ) بالبصرة رحمه الله تعالى .

حلية الأولياء ١٤٤/٧ ، تاريخ بغداد ٢٥٥/٩ ، تهذيب الأسماء ٢٤٥/١ تذكرة الحفاظ ١٩٣/١

٥- هو خليد بن جعفر بن طريف الحنفى - أبو سليمان البصرى ، روى عن معاوية بن قرة وأبى نضرة والحسن البصري ، وعنه شعبة بن الحجاج الذى قال عنه : حدثنى خليد بن جعفر وكان من أصدق الناس وأشدهم اتقاء ، قال عنه ابن حجر (صدوق ، لم يثبت أن ابن معين ضعفه) وثقه ابن حبان والنسائى وروى له مسلم .

ميزان الاعتدال ٦٦٥/١ ، تهذيب التهذيب ١٥٧/٣ ، تقريب التهذيب ٢٧٢/١ . التاريخ الكبير للبخارى ١٩٨/٣ رقم ٦٧٠ ، الجوهر النقى على سنن البيهقى ٧١/٦ .

٦- فى أ : عن خليد عن سليمان ، وفى ب و جـ : عن خليد بن سليمان ، وفى د : عن خليد ابن أبى سليمان - وأثبت ما فى : م ، أما (سليمان) فهي كنيته كما فى ترجمته السابقة فإنه أبو سليمان وهو خليد بن جعفر كما ورد فى سند الأثر وسيأتى تخريجه قريباً .

عن أبى أياس – معاوية[١] بن قرة[٢]– : أن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال فى الحوالة أو[٣] الكفالة يرجع صاحبها : (لاتَوَى[٤] على مال مسلم)[٥].

١- فى م : معونة .

٢- أبو اياس : معاوية بن قرة بن إياس بن هلال المزنى ، من التابعين ، ثقة عالم ثبت ، حدث عن عدد من الصحابة منهم على وابن عمر وأبو هريرة –رضى الله عنهم– .

وهو والد القاضى إياس المشهور بذكائه توفى معاوية سنة ثلاث عشرة ومائة (١١٣هـ) رحمه الله تعالى.

سير أعلام النبلاء ١٥٣/٥ ، الجرح والتعديل ٣٧٨/٨ ، تهذيب التهذيب ٢١٦/١٠ ، تقريب التهذيب ٢٦١/٢ .

٣- فى جـ : والكفالة .

٤- لا تَوى : أى لا ضياع ولا خسارة ، وهو من التَّوى مقصور على وزن حصى ويعني : الهلاك والبوار .

الصحاح ٢٢٩٠/٦ مادة (توا) ، المصباح المنير ٧٩ ، النهاية فى غريب الحديث ٢٠١/١ ، فتح البارى ٥٤٣/٤ .

أما معناه الاصطلاحى فهو العجز عن الوصول إلى الحق .

وله أسباب عند أبى حنيفة وصاحبيه سبق بيانها ص ٢٠٤ .

٥- أخرجه البيهقي فى السنن الكبرى ٧١/٦ قال :

(أخبرنا أبو نصر بن قتادة أنبأنا أبو الحسين محمد بن عبد الله بن محمد القهستانى ثنا محمد ابن أيوب أخبرني الوليد ثنا شعبة أخبرنى خليد بن جعفر قال : سمعت أبا إياس عن عثمان بن عفان قال : (ليس على مال امرىء مسلم تَوى..)

وفى معرفة السنن والآثار ٢٨٢/٨ .

وقال : رواه المزنى فى الجامع الكبير .

وذكره الشافعى فى الأم ٢٣٣/٣ عن محمد بن الحسن بانقطاع عن عثمان رضى الله عنه واعترض على الاحتجاج به .

وذكره ابن حزم فى المحلى ١٨٩/٦ .

وهو فى مصنف ابن أبى شيبة ١٨٩/٦ .

وهو موقوف على عثمان رضى الله عنه وسيذكر المصنف ص ٢١٠ ، ٢١١ عدداً من المناقشات حول الاستدلال به .

ولأن الحقوق المستقرة في الذمم قد تنتقل تارة[١] إلى ذمة أخرى بالحوالة ، وتارة [١] إلى عين بالمعاوضة ؛ فلما كان تلف العين قبل قبضها يوجب عود الحق إلى الذمة الأولى [وجب][٢] أن يكون تلف الذمة قبل قبض الحق منها يوجب عود الحق إلى الذمة الأولى .

وتحريره قياساً : أنه حق انتقل من الذمة إلى جهة فات استيفاؤه[٣] منها ؛ فوجب أن يعود إلى الذمة التي كان ثابتا فيها - كالأعيان التالفة قبل قبضها[٤].

قالوا : ولأن خراب الذمة لا يخلو :

أن يجري مجري العيب أو الاستحقاق[٥].

فإن جرى مجرى الاستحقاق فقد عاد الحق إلى الذمة الأولى .

وإن جرى مجرى العيب كان مخيراً في الرجوع إلى الذمة الأولى .

قالوا : ولأنه لما كان خراب الذمة بالفلس يوجب عندكم عود الحق إلى العين المبيعة كان[٦] ما يوجب عوده إلى الذمة الأولى أولى[٧].

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه : قوله صلى الله عليه وسلم : «مطل الغني ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع»[٨].

١- في د : مدة .

٢- سقطت من : د .

٣- في د : استيفاؤها منها .

٤- مصادر الحنفية السابقة .

٥- الاستحقاق وجوب رد المبيع لكون البائع لا يملكه - وممن ضبطه بالتعريف بعض المالكية حيث قالوا : (الاستحقاق أن يكون شيء بيد شخص ثم يظهر أنه حق لشخص آخر) قوانين الأحكام ٣٦٣ ، وانظر :

الشرح الصغير ٦١٣/٣ ، جواهر الإكليل ١٥٤/٢ ، المصباح المنير ١٤٤ .

٦- في أ و د : كأن بأن يوجب ..

٧- تبيين الحقائق ١٧٢/٤ .

٨- سبق تخريجه ص ١٩٠ .

١٠٧ أ

فكان الدليل فيه من وجهين :

أحدهما : وهو دليل الشافعي[١] - : لو كان [له][٢] الرجوع لما كان لا شتراط الملاءة فائدة - لأنه [إن][٢] لم يصل إلى حقه رجع به - فلما شرط الملاءة علم أن الحق قد انتقل بها انتقالاً لا رجوع له به - فاشترط الملاءة حراسة لحقه .

والدليل الثاني : قوله صلى الله عليه وسلم : «وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» .

فأوجب عموم الظاهر اتباع المحال عليه أبداً - أفلس أو لم يفلس[٣] .

وروي أنه كان لحزن[٤] - جد سعيد بن المسيب[٥] - على عليّ بن أبي طالب - رضي الله عنه - مال ، فأحاله به على إنسان ، فمات المحال عليه ، فرجع حزن إلى علي -رضي الله عنه - وقال:

قد مات من أحلتني عليه ، فقال [عليّ][٦] قد اخترت علينا غيرنا[٧] - أبعدك الله ولم يعطه

١- الأم ٢٣٣/٣ ، وانظر : فتح العزيز ٣٤٤/١٠ ، نهاية المحتاج ٤٢٨/٤ .

٢- سقطت من : د.

٣- إذا كان وقت الحوالة غنياً - كما هو ظاهر النص - غير أن المصنف سيذكر ص٢١٣ أن المحتال لا يرجع ولو كان المحال عليه وقت الحوالة معسراً .

٤- هو حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ المخزومي صحابي ، سماه النبي صلي الله عليه وسلم سهلاً ، وأسلم يوم الفتح ، وشهد اليمامة واستشهد فيها ، وقيل غير ذلك - رضي الله عنه .
الإصابة ٣٢٥/١ ، أسد الغابة ٤/٢ ، تهذيب الكمال ٥٩٠/٥ رقم ١١٨٣ ، تهذيب الأسماء ٢١٩/١ .

٥- سعيدبن المسيب بن حزن المخزومي ، أبو محمد ، الإمام الجليل ، من سادات التابعين وفقهائهم ، ومن أحفظهم لفقه عمر رضي الله عنه . جمع الفقه والحديث والتفسير والورع والعبادة توفي سنة ثلاث - وقيل أربع - وتسعين للهجرة رحمه الله تعالى .
تذكرة الحفاظ ٥٤/١، تهذيب الأسماء ٢١٩/١ ، وفيات الأعيان ١١٧/٢ حلية الأولياء ١٦١/٢ .

٦- ليست في : أ و ب و جـ .

٧- في د : غريباً .

شيئاً [١].

فلو كان له الرجوع لما استجاز عليّ - رضي الله عنه - أن يمنعه منه .

وهذا فعل منتشر في الصحابة لا يعرف له مخالف .

فإن عورض بحديث عثمان : كان الجواب عنه ما نذكره [٢].

وأما المعنى فهو : أن سقوط المطالبة عمن عليه الحق من غير بقاء علقه[٣]يمنع [من][٤]عوده- كما لو سقط بقبض أو إبراء .

ولأن تعذر استيفاء الحق من المحال عليه لا يوجب فسخ[الحوالة - كما لو أفلس حيا .

ولأن من لزمه حق في ذمته فموته لا يوجب فسخ[٥]] العقد الذي ثبت الحق لأجله - كالمشتري بثمن مؤجل إذا مات لم يوجب موته فسخ الشراء .

[ولأن][٦] انتقال الحق من محل إلى مثله لا يثبت إلا بالمراضاة - قياساً على الإبدال في الأعيان[٧].

١- لم أجده مسنداً ، وذكره بعض الفقهاء ، ومنهم الموفق ابن قدامة في المغني ٣٩٣/٤ وقد روى عبد الرزاق في المصنف ٢٧١/٨ رقم ١٥١٨٣ (عن علي رضي الله عنه أنه قال عن المحتال : لا يرجع على صاحبه **إلا أن يفلس أو يموت** - وهو مخالف لما نقله الماوردي هنا .

وقد نقل ابن حزم القصة في المحلى ٣٩٤/٦ مسندة لكنها وقعت للمسيب والد سعيد وليس جده وفيها اختلاف .

فقال أبو محمد : (وقد روينا من طريق حماد بن سلمه عن محمد بن إسحاق عن علي بن عبيد الله عن سعيد بن المسيب : أنه كان لأبيه المسيب دين على إنسان ألفا درهم ، ولرجل آخر على عليّ ابن أبي طالب ألفا درهم فقال ذلك الرجل للمسيب :

أنا أحيلك على عليّ وأحلني أنت على فلان ، ففعلا .

فانتصف المسيب من علي وتلف مال الذي أحاله المسيب عليه ، فأخبر المسيّب : بذلك علي بن أبي طالب فقال علي : أبعده الله - فهذا خلاف الرواية عن عثمان ..)

٢- سبق ص ٢٠٦ رأي عثمان رضي الله عنه - فإنه يجيز الرجوع - وسيأتي جواب المصنف عنه ص ٢١٠. وقد مرّ أن النقل عن علي رضي الله عنه مختلف في هذه المسألة .

٣- في د : علة .

٤- سقطت من : جـ .

٥- سقط من : أ .

٦- سقطت من : د.

٧- كالبيع فهو مبادلة تفتقر إلى الرضا ، فهو من شروط صحته .

١٠٧ ب

ولأن الحوالة بالحق تجري مجرى القبض[١] بدليلين :

أحدهما : أنه صرف يجوز الافتراق فيه ؛ فلو لا أنه قبض / لبطل بالافتراق .

١٠٧ ب

والثاني : أن المحيل لو مات جاز لورثته الاقتسام للتركة[٢] ؛ لبقاء حقه فيها .

فدل هذا [على][٣] أن الحق مقبوض ، والحقوق المقبوضة إذا تلفت [لم يستحق][٤] الرجوع بها - كالأعيان المقبوضة .

ولأن الحوالة اسم مشتق من معناه - وهو تحول الحق به[٥]- كما أن الضمان مشتق من انضمام ذمة إلى ذمة[٦] ؛ فلم يجز أن يعود الحق بعد تحويله إلا بمثل ما انتقل به .

فأما الجواب عما ستدلوا به من حديث [عثمان][٧] فمن وجوه[٨] :

أحدها : أن راويه خليد - وهو مجهول .[٩]

١- والشيء المقبوض لا رجوع به - كما سيذكره المصنف بعد قليل .

٢- في ب و جـ و د و م : بالتركة .

٣- سقطت من : أ .

٤- سقطت من : ب و جـ و م .

٥- كما سبق ص ١٨٩ .

٦- سيأتي ص ٢٣٠ .

٧- سقطت من : د .

٨- أنظر الأم ٢٣٣/٣ ، المختصر ٢٠٥ ، سنن البيهقي ومعه الجوهر النقي ٧١/٦ ، فتح البارى ٥٤٣/٤ .

٩- هو خليد بن جعفر الحنفي ، وثقه ابن حبان والنسائي وروى له مسلم ، وقال ابن حجر : صدوق . انظر ما سبق ص ٢٠٥ .

والثاني : أنه منقطع[١]؛ لأن معاوية بن قرة لم يلق عثمان[٢] ، والحديث المنقطع غير لازم .

والثالث :أنه قال : (في الحوالة أو الكفالة) فكان شكاً يمنع من صحة الاستدلال ؛ لأن في الكفالة يرجع[٣] وفي الحوالة لا يرجع ، والشك يمنع من تعيينه في الحوالة .

والرابع : أنه مستعمل ؛ لأنه قال : (لا تَوَى على مال مسلم) فيحمل على أنه لا تَوى على مال [المحيل - كما يحملونه على أنه لا توى على مال][٤] المحتال ، وليس أحد الاستعمالين[٥] أولى .[٦]

وأما الجواب عن قياسهم على الأعيان التالفة فهو :

أن الحوالة قبض للحق - بدليل ما مضى[٧]- وما تلف بعد قبضه لم يستحق الرجوع به ؛ كالأعيان التالفة .

١- المنقطع في الاصطلاح مالم يتصل إسناده .
ويدخل تحته أنواع كالمرسل والمعلق والمعضل .
نخبة الفكر مع شرحها للحافظ ابن حجر ٤٤ ، تدريب الراوي ٢٠٨/١ .

٢- وممن قال ذلك البيهقي في سننه ٧١/٦ فأبو إياس من الطبقة الثالثة من تابعي أهل البصرة فهو لم يدرك عثمان بن عفان ولا كان في زمنه .
وفي الجوهر النقي ٧١/٦ إشارة إلى أنه من المحتمل أن يكون لقي عثمان رضي الله عنه وقد ورد في ترجمته أنه حدث عن عدد من الصحابة منهم علي وابن عمر وأبو هريرة رضي الله عنهم كما سبق ص ٢٠٦ .
وقد عده ابن حجر من الثالثة كما في التقريب ١٩٧/٢ - والثالثة هي الطبقة الوسطى من التابعين - فلا يبعد أن يكون لقي عثمان رضي الله عنه .
لكن لوثبت الأثر فلا يعدو أن يكون موقوفاً على عثمان رضي الله عنه ، وورد عن عليّ ما يخالفه .

٣- سيأتى ص ٢٥٧.. .

٤- سقط من : م .

٥- في ج : الاحتمالين .

٦- مما ردّ به على الاستدلال بأثر عثمان رضي الله عنه أنه رأي صحابي خالفه غيره مثل عليّ رضي الله عنه - ويحتمل أنه ثبت عن عثمان خلافه أيضاً فلم يبق فيه حجة كما سبق أعلاه
انظر : الأم ٢٣٣/٣ ، المحلي ٣٩٤/٦ ، فتح الباري ٥٤٣ .

٧- ص ٢١٠.

وأما الجواب عما قالوا : إنه لا يخلو أن يجرى مجري العيب أو الاستحقاق فهو :

أنه يجري مجرى العيب ؛ [غير أنه حادث [بعد(١)] القبض](٢)،

والعيوب الحادثة بعد القبض لا يستحق الرجوع بها - كالأعيان . (٣)

م ١٠٨

وأما الجواب عما ألزموه على(٤)مذهبنا [من](٥)/الرجوع بعين المبيع عند فلس [المشتري] (٥) فهو (٦) :

أننا جميعاً قد اتفقنا على الفرق بينهما ؛ لأنهم أوجبوا الرجوع في الحوالة(٧)دون المبيع(٨)، ونحن نوجب الرجوع في المبيع دون الحوالة(٩)، فهذا فرق من حيث الإجماع .

ثم الفرق من حيث المعنى : أن العلق في الحوالة منقطعة فلم يجز أن يعود الحق(١٠) فيها ، والعلق في المبيع باقية لبقاء ثمنه(١١)، فجاز أن يعود الحق إلى المبيع بالفلس الحادث .

١- سقطت من : د .

٢- سقط من : م .

٣- وقد بينوا حكمها في كتاب البيع ، كما في : المهذب ٢٨٤/١ ، الروضة ٤٦٦/٣ ، مغني المحتاج ٥٠/٢ .

٤- في أ : من مذهبنا .

٥- سقط من : د .

٦- مذهب الشافعية أن من باع على المفلس شيئاً قبل فلسه ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ووجد عين ماله بعد الفلس على صفته ولم يتعلق به حق غيره فله الرجوع به .
الأم ٢٠٣/٣ ، المختصر ٢٠٠ ، المهذب ٣٢٢/١ ، التنبيه ٧١ ، ٧٢ ، الحاوي (المطبوعة) ٢٦٦/٦ روضة الطالبين ١٤٧/٤ ، مغني المحتاج ١٥٧/٢ - ١٥٨ .

٧- سبق مذهب الحنفية هذا ص ٢٠٤ ، ٢٠٥ .

٨- مذهب الحنفية منع صاحب المتاع الذي بيع للمفلس من الرجوع بعين ماله بل هو أسوة الغرماء إذا كان قبضه المشتري بإذنه .
الهداية ٣٢٢/٣ ، تبيين الحقائق ٢٠١/٥ ، فتح القدير ٣٣٠/٧ ، البحر الرائق ٩٥/٨ ، مجمع الأنهر ٤٤٣/٢ ، رد المحتار ٩٦/٥ .

٩- مذهب الشافعية في الرجوع في المبيع على المفلس سبق أعلاه ، ومذهبهم في منع الرجوع في الحوالة سبق ص ٢٠٤.

١٠- في د : الحوالة فيها .

١١- في م : عينه .

٢- مسألة : (**الخلاف في رجوع المحتال إذا أحيل على معسر**) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى - : (أعسر أو لم يعسر)[١].

وهذا كما قال .

إذا أحاله بالحق على رجل فكان وقت الحوالة معسراً لم يرجع المحتال - كما لو حدث إعساره[٢] - سواء غرّه بذكر يساره أو لم يغره[٣].

وقال مالك : إن غره بذكر يساره رجع عليه ، وإن لم يغره لم يرجع عليه[٤].

وبه قال أبو العباس بن سريج وحده من[٥] أصحابنا كلهم .

قال : لأنه لما رجع المشتري في البيع[٦] بالغرور في العيب وجب أن يرجع المحتال في الغرور باليسار[٧].

١- لم أجد هذا اللفظ - في الأم والمختصر ، بل عبارة الأم : ٢٣٣/٣ .

(فإذا تحولت عن رجل لم يجز أن يعود عليه ما تحول عنه - إلا بتجديد عودته عليه - ونأخذ المحال عليه دون المحيل بكل حال) .

وعبارة المختصر ٢٠٥ (الحق يتحول عن المحال عليه ، ويبرأ منه المحيل فلا يرجع عليه أبداً - كان المحال عليه غنياً أو فقيراً ، أفلس أو مات معدماً ، غَر منه أو لم يغرّ منه) .

٢- في ب و جـ و د و م : إعسار .

٣- مذهب الشافعية منع رجوع المحتال على المحيل مطلقاً ولو تبين أن المحال عليه كان مفلساً حين الحوالة وغَر المحيل المحتال بأن المحال عليه موسر - هذا الصحيح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب - كما قاله النووي في الروضة - وفي وجه : له الخيار ، وفي وجه : يثبت له الخيار إن شرطه فقط .

وقال ابن سريج : له الخيار إذا غره بذكر يسار المحال عليه كالتغرير في البيع .

انظر : الأم ٢٣٣/٣ ، المختصر ٢٠٥ ، المهذب ٣٣٨/١ ، حلية العلماء ٣٧/٥ ، روضة الطالبين ٢٣٢/٤ ، مغني المحتاج ١٩٦/٢ ، نهاية المحتاج ٤٢٩/٤ .

٤- هذا مذهب مالك - وقد سبقت مصادره ص ٢٠٤ ، كما سبق هناك بيان مذهب - الحنفية والحنابلة في رجوع المحتال على المحيل .

٥- في ب و جـ و د و م : من بين أصحابنا كلهم .

٦- في ب و جـ و د : في المبيع

٧- في م : بالغرور في اليسار .

وهذا خطأ ؛ لأناقد دللنا[١] على أن الإعسار [٢] لا يستحق به الرجوع إذا لم يكن [عن][٣] غرور .

وكذا لا يستحق الرجوع [به][٤] مع الغرور .

والعيوب لما رجع [بها][٥] مع عدم الغرور رجع بها مع الغرور[٦] .

والفرق بينهما :

أن إعسار المحال[٧] عليه قد يصل إليه من غير جهة المحيل ؛ فلم يكن له الرجوع بها مع الغرور.

والعيوب قد لا يصل إليها من غير جهة البائع فلذلك رجع [بها][٨] مع الغرور .

١٠٨/ب

فصح أن لا رجوع للمحتال بإعسار [٩] المحال عليه - سواء [١٠] كان إعساراً [١١] حادثاً أو سالفاً ، مغروراً به أو غير مغرور .[١٢]

١- يعني ما في ص ٢٠٧ وما بعدها .

٢- في ب و جـ : الإيسار ، وفي د : اليسار .

٣- ليست في : ب و جـ .

٤- ليست في : ب و جـ و د .

٥- سقطت من : د.

٦- في د : مع العيوب .

٧- في ب و جـ : المحتال عليه .

٨- في أ : عنها ، وسقطت من : جـ .

٩- في ب : باعتبار .

١٠- في جـ : كما لو كان .

١١- في ب : اعتباراً .

١٢- قد بسط المصنف الكلام فى حكم رجوع المحال على المحيل مع الأدلة والمناقشات فى المسألة السابقة - والمسألة التى يبحثها هنا متفرعة عنها .

مسائل المزني رحمة الله عليه :

قال المزنى : وهذه مسائل تحرّيت فيها معاني جوابات[١] الشافعي في الحوالة - فمن ذلك :

١- مسألة : (**من مبطلات الحوالة**) :

قال المزني : (ولو اشترى عبداً بألف درهم وقبضه ، ثم أحال البائع بالألف على رجل له عليه دين ألف درهم فاحتال ، ثم إن المشتري وجد بالعبد عيباً فرده ؛ بطلت الحوالة .

فإن رد العبد بعد أن قبض البائع ما احتال به[٢] رجع به المشترى على البائع ، وكان المحال عليه [منه][٣] بريئاً)[٤].

وصورتها : في رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم ، ثم إن المشتري أحال البائع بالألف على رجل للمشتري عليه ألف[٥]- فكان المشتري محيلاً ، والبائع محتالاً ، والأجنبي محالاً عليه .

ومن[٦]مذهبنا - على ما بينا[٧]- أن الحوالة تتم [٨] بالمحيل والمحتال ، وليس رضى المحال عليه شرطاً فيها .

فصارت الحوالة ها هنا تامة بالبائع والمشتري .

ثم إن المشتري بعد تمام الحوالة وجد بالعبد عيباً متقدماً فرده على البائع بعيبه .

١- في جميع النسخ المصورة : تحريت فيها على معنى قول الشافعي .. ، وأثبت ما في المختصر و م .

٢- في ب و جـ : ما احتاله به ، وفي د : ما أحاله به .

٣- سقطت من : جـ ، وسقط من المختصر قوله : منه بريئاً .

٤- المختصر ٢٠٥ .

٥- في د : الألف .

٦- في ب و جـ و م : وفي مذهبنا .

٧- ص ١٩٥ .

٨- لو قال : برضا المحيل و .. ، لأنه سبق ص ١٩٢ أن قال لا تتم الا بأربعة .

فلا يخلو حال البائع في الحوالة من أحد أمرين[١] :

إما أن يكون قد قبض الألف من المحال عليه ، أو لم يقبضها .

فإن كان قد قبضها من المحال عليه [لم تبطل][٢] برد العبد[٣] ، وبريء المحال عليه منها .
لأنه دفعها عن أمر المالك .

وكان للمشتري إذا رد العبد أن يرجع على البائع [بها][٤] .

P١٠٩

لأن رد المبيع[٥] بالعيب[٦] يوجب / ١٠٩ أ استرجاع الثمن[٧].

وإن كان البائع لم يقبض الحوالة[٨] قبل رد المشتري عليه العبد بالعيب فقد قال المزني ها هنا في [٩]« جامعه الصغير » : [١٠] إن الحوالة قد بطلت .

وهكذا قال في حكاية شاذة في «جامعه الكبير»[١١] .

وقد حكي عنه أنه قال في بعض النسخ من « جامعه الكبير » : إن الحوالة ثابتة لا تبطل .

١- سيأتي تعليق على هذا التفصيل ص ٢١٩ .

٢- سقطت من : د .

٣- في ج: برد العقد .

٤- سقطت من : د .

٥- في ب : المعيب .

٦- في أ : قد يوجب .

٧- المهذب ٣٣٨/١ ، التنبيه ٧٤ ، حلية العلماء ٣٧/٥ ، فتح العزيز ٣٤٦/١٠ ، روضة الطالبين ٢٣٣/٤ ، مغني المحتاج ١٩٦/٢ نهاية المحتاج ٤٢٩/٤ ، أسنى المطالب وحاشية الرملي عليه ٢٣٢/٢ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٣٢١/٢ .

٨- في أ : الثمن

٩- في أ : ها هنا وفي جامعه الصغير .

١٠- يعني المختصر وهو فيه ص ٢٠٥ .

١١- من كتب المزني - كما أثبته من ترجم له - لكنه مفقود .

فاختلف أصحابنا في ذلك على أربعة[١] طرق :[٢]

أحدها : أن الحوالة باطلة - على ما نص عليه في جامعه الصغير [٣]، وجمهور النسخ من جامعه الكبير .

وأن من حكى عن الجامع [الكبير][٤] صحة الحوالة خاطىء في النقل - وهذه طريقة أبي علي ابن أبي هريرة وأكثر أصحابنا .

لأن الحوالة تمت بالبائع والمشتري ، وقد اتفقا[٥] في الرد بالعيب على إبطال سببها فوجب أن تبطل .

ولا يجوز أن ينفسخ البيع بالرد بالعيب - ويكون البائع على [حقه][٦] من استيفاء الثمن .

والطريقة الثانية : أن الحوالة ثابته لا تبطل - على الحكاية الشاذة في «جامعه الكبير» ، وأن ما قاله في «الجامع الصغير» خطأ .

وهذه طريقة أبي علي الطبري ، وهذه أسوأ [٧] الطرق .

١- في جـ : أربع .

٢- في الفتح ٣٤٦/١٠ ، والروضة ٢٣٣/٤ : إذا اشترى عبدا وأحال البائع بالثمن على رجل ثم علم بالعبد عيباً قديماً فرده بالعيب - أو بالإقالة أو التحالف أو غيرها - ففي بطلان الحوالة ثلاثة طرق :
أحدها : البطلان ، والثاني : لا ، والثالث : على قولين : أظهرهما : البطلان .
وهما مبنيان على أنها استيفاء أم بيع ؟ إن قلنا : استيفاء - بطلت ، وإلا فلا .
قال النووي : المذهب : البطلان وصححه في المحرر والله أعلم) .
وانظر المصادر السابقة قريباً .

٣- المختصر ٢٠٥ .

٤- سقطت من : د و م .

٥- في ب و م : اتفقنا .

٦- في ب و جـ : على ثقة ، وسقطت من : د .

٧- لو عبر المصنف بلفظ يدل على قبول بعض تلك الطرق ..

وكان من دليله على صحتها - مع فسادها بالنقل الصريح[١]، وبطلانها[٢] بالحجاج الصحيح - أن قال :

أخذ البائع بالثمن حوالة كأخذه بالثمن عرْضاً[٣] ؛ [فلما كان إذا أخذ بالثمن عرضاً[٤]] أو ثوبا ثم ترادا بالعيب لم ينفسخ ملك البائع عن العرض الذي أخذه بالثمن ، ولزمه[٥] الثمن دون العرْض[٦] [٧] كذلك إذا أخذ بالثمن حوالة لم تبطل الحوالة ، وكان عليه رد بدلها./ ١٠٩ ب وهذا الاستدلال فاسد .

والفرق بين ما ذكره : أن أخذه بالثمن عرضا هو عقد بيع [٨] ؛ فلم يكن فسخ أحدهما موجباً لفسخ الآخر .

وليس كذلك أخذ الحوالة بالثمن ؛ لأنه عقد واحد، فإذا انفسخ بطل [حكم] [٩] ما تفرع عنه .

والطريقة الثالثة : أن كلا النقلين صحيح ، وأنه محمول على اختلاف حالين .

فالموضع الذي أبطل الحوالة : إذا كان ردّ العبد قبل قبضها .

[والموضع الذي أثبتها : إذا كان رد العبد بعد قبضها] [١٠]

١- الواردفى المختصر ٢٠٥ ، أما الحجاج الصحيح فهو التعليل الوارد في الطريقة الأولى .

٢- في ب و جـ : بطلانها .

٣- في جـ و م : عوضاً .

٤- سقط من : جـ ، و في م : عوضاً .

٥- في ب : ولزمه رد الثمن .

٦- العْرض بفتح العين وإسكان الراء هو جميع صنوف الأموال غير الذهب والفضة فهي عين .
والعَرَض بفتح العين والراء هو جميع متاع الدنيا فيشمل الذهب والفضة ، وهو متاع الدنيا وحطامها .
يقال : اشتريت المتاع بَعَرض أى بمتاع مثله .
الصحاح ١٠٨٣/٣ ، المصباح المنير ٤٠٤ ، القاموس المحيط ٨٣٢ ، تصحيح التنبيه ٤٢ ، النظم المستعذب ١٥٩/١ .

٧- وردت في م : العوض - في جميع المواضع السابقة !

٨- في ب و د : ثاني .

٩- سقطت من : ب و ج و م

١٠- سقط من : ب و م .

وهذه طريقة كثير [١] من أصحابنا ؛ [٢] لأن الحوالة بعد قبضها قد انقطعت علقها ، وانبرمت ، فلم يلحقها الفساد .

وهى قبل قبضها موقوفة عليه . [٣]

والطريقة الرابعة : أنه محمول على اختلاف حالين - على غير هذا الوجه :

فالموضع الذي أبطل [٤] الحوالة : إذا كان العيب متقدماً - لا [٥] يجوز حدوث مثله بعد [٦] القبض .

والموضع الذى أثبتها : إذا [جاز] [٧] حدوث مثل العيب بعد القبض ، وكان القول في حدوثه قول البائع مع يمينه ، فنكل عن اليمين وردّت على المشتري فحلف واستحق الرد - فالحوالة ثابتة لا تبطل، لأن الحوالة تبطل باتفاق المحيل والمحتال - كما كان تمامها بهما .

وإذا أنكر البائع تقدم العيب صار بطلانها - لو بطلت - بقول المحيل [٨] وحده - وهو المشتري - والحوالة لا تبطل بقوله وحده - [٩] وهذه طريقة أبى إسحاق المروزي .

١- في د : وهذه طريقة كثيرة ، ومن أصحابنا ..

٢- انظر ما ذكره المصنف في بداية المسألة ص ٢١٦ .

وفي روضة الطالبين ٤/٢٣٣ (وسواء كان الرد بالعيب بعد قبض المبيع ، أو قبله - على المذهب ، وبه قطع الجمهور [أي البطلان] .

وقيل : إنما الخلاف إذا كان بعده - فإن كان قبله بطلت قطعا ؛ لعدم تأكدها . وسواء كان الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة ، أم قبله - على الأصح ، وهو اختيار الأكثرين .

وقال العراقيون والشيخ أبو عليّ : إن كان بعده لم تبطل قطعاً ، وإنما الخلاف قبله) .

٣- حصل بعد هذا خلط في : م .

٤-فى جـ : أبطل فيه الحوالة .

٥-فى ب و جـ و د و م : فلا يجوز .

٦- فى أ : قبل القبض .

٧- في أ و جـ : كان ، وسقطت من : د .

٨- في أ و ب و د و م : بقول المحتال ..

٩- راجع التعليل في الطريقة الأولى ص ٢١٧ .

وأصح [هذه] (١) الطرق - إن صح النقلان معاً : الطريقة الثالثة ، وإن لم يصح النقلان : الطريقة/الأولى . (٢)

١١٠ م

فأما إذا خرج (٣) العبد حراً أو مستحقاً فالحوالة باطلة عند كافة أصحابنا .

لأن البيع وقع فاسداً فلم تصح الحوالة [بحال] (٤) . (٥)

٢- مسألة : (**صورة قد تبطل فيها الحوالة أيضا**) :

قال المزني (٦) (ولو كان البائع (٧) أحال على المشتري بهذه الألف رجلا له عليه ألف درهم ، ثم تصادق البائع والمشتري أن العبد الذي تبايعاه حر الأصل فإن الحوالة لا تنتقض . لأنهما يبطلان بقولهما حقاً لغيرهما .

فإن صدقهما المحتال أو قامت بذلك بينة انتقضت الحوالة) . (٨)

وصورتها : أن يشتري رجل من رجل عبداً بألف ويكون على البائع لرجل أجنبي ألف فيحيله (٩) على المشتري بالألف التي له عليه من ثمن العبد - فيصير البائع محيلاً ، والأجنبي الغريم محتالا ، والمشتري محالاً عليه .

والحوالة على ما وصفنا (١٠) تتم بالمحيل والمحتال - فتصير حينئذ ها هنا تامّة بالبائع والغريم الأجنبى .

١- ليست في : جـ .

٢- فتبطل الحوالة ، قال النووي في الروضة ٢٣٣/٤ (قلت المذهب البطلان وصححه في المحرر) ، وقال في المنهاج مع مغني المحتاج ١٩٦/٢ (ولو أحال المشتري بالثمن فرد المبيع بعيب بطلت في الأظهر) .

٣-فى أ : رجع .

٤- ليست فى : د .

٥- فصّل الرافعي - رحمه الله تعالى - ما ورد عن المزني وطريقة الجمع بين ما حكى عنه بما يقرب من كلام المصنف،انظر فتح العزيز ٣٤٦/١٠ .

٦- هنا في : م قال المزني : وفي إبطال الحوالة نظر قال : ولو كان البائع ... الخ . ولم أجد ذلك في المختصر والنسخ الأخرى .

٧- في د : ولو كان المشتري أحال على المشتري !

٨- المختصر ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

٩- في د : فيجب له .

١٠- ص ١٩٥ - وانظر هامش ٨ ص ٢١٥ .

ثم [إن] (١) العبد المبيع بان حرّ الأصل ؛ فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يقوم بحريته بينه عادلة (٢)؛ فتبطل الحوالة . لأن البينه مقبولة على الجميع .

والضرب الثاني : ألاّ تقوم [به] (٣) بينة (٤) - وإنما يتصادق البائع والمشتري على حريته :

فإن صدقهما الغريم الأجنبى على حرية العبد، وأن الحوالة كانت بثمنه : بطلت الحوالة أيضا .

لأن من تمت (٥) به الحوالة قد اعترف ببطلان الحوالة - وهو البائع (٦) المحيل ، والغريم المحتال .

وإن لم يصدقهما على حرية العبد : فالقول قوله مع يمينه ، ولا تبطل الحوالة .

لأن الحوالة / تمت بالبائع والغريم ، فلم تبطل بالبائع وحده . (٧) ١١٠ب

وهكذا لو صدقهما على حرية العبد الذي تبايعاه ، وأنكر أن تكون الحوالة بثمنه ، وذكر (٨) أنها بمال غيره : فالقول قول الغريم أيضا مع يمينه ، والحوالة بحالها (٩) صحيحة ؛ لما ذكرنا من التعليل . (١٠)

١- سقطت من : د .

٢- في د : عالمة .

٣- سقطت من : ب و م .

٤- في د بينة عالمة .

٥- فى أ : ثبتت .

٦- في د : البائع والمحيل .

٧- فتح العزيز ٣٥٠/١٠ ، الروضة ٢٣٥/٤ .

٨- في د : وأنكر أنها .

٩- في د : بحاله .

١٠- التعليل السابق قريباً - وانظر هذه المسألة في :

المختصر ٢٠٦ ، المهذب ٣٣٩/١ ، التنبيه ٧٤ ، فتح العزيز ٣٥٠/١٠ ، روضة الطالبين ٢٣٥/٤ ، مغني المحتاج ١٩٦/٢ ، نهاية المحتاج ٤٢٩/٤ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٣٢٢/٢ .

أ- فصل : (**صورة قد تبطل فيها الحوالة أيضا**) :

فأما إذا رد المشتري العبد بالعيب وتفاسخا [البيع : فإن لم يصدقهما الغريم على أن الألف ثمنه لم تبطل الحوالة . وإن صدقهما على أن الألف من ثمنه :

فإن ترادا البيع وتفاسخا] [1] بالعيب من غير حكم حاكم لم تبطل الحوالة . [2]

لأنها إذا تمت لم يكن فسخها موقوفا [3] على خيار من لم يكن تمامها معتبراً [به]. [4]

وإن تفاسخا بحكم حاكم ففى بطلان الحوالة وجهان : [5]

أحدهما : لا تبطل الحوالة ؛ لما عللنا .

والوجه الثاني : تبطل ؛ لأن حكم الحاكم إذا نفذ على المتبايعين بالفسخ ارتفع حكم العقد فلم يبق له علقة .

٣- مسألة : (**لو اختلف المحيل والمحتال فى المقصود بالعقد**) :

قال المزني : (ولو أحال رجل على رجل بألف درهم وضمنها [له] [6] ، ثم اختلفا ؛ فقال المحيل : أنت وكيلي فيها .

وقال المحتال : بل أنت أحلتني بمالي عليك - وتصادقا على الحوالة والضمان - فالقول قول المحيل ، والمحتال مدعى [7]) [8]

١- سقط من : أ .

٢- في المهذب ٣٣٩/١ (لم تبطل الحوالة وجهاً واحداً) وانظر المصادر السابقة .

٣- في ب : موقوعا .

٤- سقطت من : د .

٥- بحثوا فسخ العقد بحكم الحاكم وبدونه وأثره عليه في كتاب البيع - باب اختلاف المتبايعين - ومن مسائله كون الفسخ يؤثر من حين وقوعه على العقد فقط أو يؤثر على العقد من أصله ؟
قال النووي في الروضة ٥٨٣/٣ (وجهان أصحهما الأول ؛ لنفوذ تصرفات المشتري قبل الاختلاف) .
ومن مسائله كذلك : أنه إذا انفسخ العقد فهل ينفسخ ظاهراً وباطنا أم لا ؟ فيه ثلاثة أوجه .. ثالثها: إن كان البائع صادقاً ارتفع وإن كان كاذباً فلا .
انظر : المهذب ٢٩٣/١ ، روضة الطالبين ٥٨٤/٣ ، مغني المحتاج ٩٦/٢ .

٦- ليست : في المختصر و م .

٧- فى أ و م و المختصر : مدع .

٨- المختصر ٢٠٦ .

وصورتها : في رجل أحال رجلاً بألف على رجل ، وكان للمحتال على المحيل مال ، والحوالة [١] مطلقة - لم يصرح له المحيل بأنها من حقك ، ولا بأنك نائب [٢] في قبضها عني وليست من حقك ، بل أطلق لفظ [٣] الحوالة - ثم اختلفا :

فقال المحيل : أردت الوكالة بلفظ الحوالة - لتكون نائباً في قبضها عني - [فهي لي] [٤] في يدك وليست من حقك .

وقال المحتال : بل هي [حوالة] [٥] من حقي/، ولست فيها نائباً عنك ، ولا وكيلالك .

١١١ م

فمذهب المزني : إن القول قول المحيل . [٦]

لأن المحتال مدع [عليه] [٧] بملك [٨] الحوالة ، فكان القول قول المحيل في بقائها على ملكه - وصار لفظ الحوالة مستعاراً في الوكالة .

وقال أبو العباس بن سريج : القول قول المحتال .

لأن ظاهر اللفظ وافق دعواه ، فكان حمل الحكم على ما يقتضيه ظاهر اللفظ أولى من حمله على ما خالفه . [٩]

١- في د : فالحوالة ، ووقع هنا تكرار في : ب .

٢- في د : نائباً .

٣- في ب : بل أطلق ليسقط الحوالة .

٤- سقطت من : د .

٥- ليست في : أ .

٦- المختصر ٢٠٦ .

٧- سقطت من : د، وفي م : مدعًى عليه .

٨- في م : يملك الحوالة .

٩- المهذب : ٣٣٩/١ ، التنبيه ٧٤ ، حلية العلماء ٣٨/٥ ، فتح العزيز ٣٥١/١٠ ، روضة الطالبين ٢٣٦/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٧/٢ نهاية المحتاج ٤٣٠/٤ ، أسنى المطالب وحاشية الرملي عليه ٢٣٤/٢ ، حاشية قليوبى ٣٢٢/٢ . وأصح الوجهين - كما في روضة الطالبين - أن القول قول المحيل وهو مذهب المزني وبه قال أكثر الأصحاب ماداما اتفقا على لفظ الحوالة .

فعلى مذهب المزني - حيث جعل القول قول المحيل - لا يخلو حال المحتال من أحد أمرين :

إما أن يكون قد قبض الحوالة ، أو لم يقبضها .

[فإن لم يكن قبضها فليس له أن يقضبها] [١] ؛ لأن المحيل وإن كان مقراً بالوكالة ؛ فالمحتال منكر لها [٢] بادعاء الحوالة .

فإن خالف [٣] وقبضها : فهل تكون مضمونة عليه ، أم لا ؟

على وجهين - من اختلاف أصحابنا : هل تكون حوالة فاسدة ، أو وكالة [فاسدة [٤]] ؛ [٥]

أحدهما : أنها حوالة فاسدة] [٦] - فعلى هذا تكون مضمونة عليه .

والثاني : أنها تكون وكالة [فاسدة] [٧]- فعلى هذا لا ضمان عليه . [٨]

وإن كان قد قبضها فقد برىء المحال عليه منها .

لأنه دفعها عن إذن مالكها .

ثم لا يخلو حالها من : أن تكون باقية ، أو تالفة .

فإن كانت باقية في يد المحتال كان للمحيل [٩] انتزاعها من يده ، ولم يكن للمحتال منعه منها إلا ألاّ يصل إلى حقه - لمطله - إلا بها .

فيجوز له فيما بينه وبين الله تعالى أن يحبسها عليه ليستوفي حقه منها .

١- سقط من : د .

٢- في ب و جـ و م : منكرها .

٣- في د : فإن حلف .

٤- سقطت من : ب و جـ .

٥- في حلية العلماء ٣٩/٥ : (فيه وجهان بناء على اختلاف أصحابنا في أن ذلك حوالة فاسدة ، أو وكالة فاسدة - وفيه وجهان ذكره في «الحاوي» .

وهو تخريج فاسد - لأن من قال : هو حوالة فهو حوالة صحيحة . والصواب أن يقال : إن علم بالحال فقبض ضمن وإن لم يعلم كان بمنزلة الوكيل - قبض ولم يعلم بالعزل فلا ضمان عليه) .

٦- سقط من : د - من قوله : أو وكالة فاسدة ..

٧- سقطت من : أ .

٨- المصادر السابقة (هامش ٩) .

٩- في ب و د : للمحتال .

١١١ب

وإن كانت تالفة : فلا [١] تراجع بينهما . [٢]

١١١ ب
لأن المحيل يقول : تلفت على مالي ، وهى أمانة / في يدك فهى تالفة من [٣] مالي .

والمحتال يقول [٤] : تلفت بعد أن أخذتها من حقي ؛ فقد استوفيت حقي منك .

فأما على مذهب أبى العباس بن سريج - أن القول قول المحتال - فلا يخلو حالها من :

أن يكون المحتال قد قبضها أو لم يقبضها .

فإن لم يكن قبضها فله أن يقبضها من بعد ؛ لأن قول المحيل لم يقبل فى إبطال الحوالة .

وإن كان قبضها فقد برىء المحال عليه منها - وليس للمحيل أن يرجع بها سواء كانت باقية أو تالفة . [٥]

فأما قول المزنى : (ولو أحال رجل على رجل بألف وضمنها له [٦]) : فقد اختلف أصحابنا في قوله : وضمنها له [٧] على ثلاثة مذاهب :

أحدها : أنه قال ذلك على طريق التأكيد، وليس ضمان المحال عليه شرطاً في صحة الحوالة .

وهذا قول أبى العباس بن سريج ، وأبى إسحاق المروزي ، وأبي علي بن أبي هريرة [٨] ، ومن قال : إن الحوالة تتم بالمحيل والمحتال .

والثانى : أنه شرط في صحة الحوالة .

وهو قول المزني والزبيرى ، والإصطخرى [٨] ومن قال : إن الحوالة تتم [٩] بالمحيل والمحتال ورضا المحال عليه .

١- في م : لا تراجع .

٢- فى فتح العزيز ٣٥٢/١ ، والروضة ٢٣٦/٤ . (وإن كان المقبوض تالفاً فقد قطع الأكثرون بأنه لا يضمن إذا لم يكن التلف بتفريط لأنه وكيل ... وقال في « التهذيب » : يضمن لأنه ثبتت وكالته ، والوكيل إذا أخذ المال لنفسه ضمن) .

٣- في ب : في مالى .

٤- فى أ: وللمحتال أن يقول .

٥- المصادر السابقة .

٦- المختصر ٢٠٦ .

٧- سقط من : د .

٨- مرّ هؤلاء الأعلام ورأيهم في اشتراط رضى المحال عليه أو عدمه ص ١٩٥ .

٩- في د : لا تتم .

والثالث : أنها مصوّرة في حوالة على من لا حق عليه للمحيل ؛ فيجرى مجرى الضمان ، ولا يصح إلا برضاه [وقبوله] . [١]

٤- مسألة : (**صورة من صور الخلاف بين المحيل والمحتال وهى عكس السابقة**) :

قال المزني : (ولو قال المحتال : أحلتني عليه لأقبضه لك ، ولم تحلني بما لي عليك ؛ فالقول قوله مع يمينه .

والمحيل مدع [٢] للبراءة مما عليه ؛ فعليه البينة) . [٣]

وصورتها : بعكس المسألة التى تقدمتها . وهو/ أنهما اختلفا بعد الحوالة المطلقة :

فقال المحيل : أحلتك بما لك عليّ .

وقال المحتال : [٤] بل أحلتني لأقبضه لك نيابة عنك ، وحقي باق [٥] في ذمتك .

فعلى مذهب المزني : القول قول المحتال ؛ لأن المحيل مدع للبراءة من حقه ، فكان القول قول المحتال .

وعلى مذهب ابن سريج : القول قول المحيل اعتباراً بظاهر اللفظ . [٦]

فإذا تقرر ما ذكرنا من المذهبين :

فإذا قيل بمذهب المزنى - أن القول قول المحتال - فلا [٧] يخلو حال الحوالة من : أن تكون قد قبضت ، أو لم تقبض .

١- سقطت من : أ .

٢- في ب و د : مدعي .

٣- المختصر ٢٠٦ .

٤- في د : المحيل .

٥- في ب و د : باقى .

٦- المهذب ٣٣٩/١ ، التنبيه ٧٤ ، حلية العلماء ٣٩/٥ ، فتح العزيز ٣٥٢/١٠ ، ٣٥٣ ، روضة الطالبين ٢٣٧/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٨/٢ أسنى المطالب ٣٢٣/٢ .
وذكر النووي في الروضة أن قبول قول المحتال - رأى المزني - هو رأى الأكثرين .
وفي التنبيه أنه الأظهر.
وقد شرط المزني وابن سريج فيمن يقبل قوله أن يحلف .

٧- في ب و جـ و د و م : لا يخلو .

فإن لم يكن المحتال قبضها لم يجز أن يقبضها من بعد ، ويرجع [بحقه] [١] على المحيل .

وهل للمحيل أن يرجع بها على المحال عليه ، أم لا ؟

على وجهين : [٢]

أحدهما : لا يرجع بها عليه .

لأنه بادعاء الحوالة معترف بها للمحتال ؛ فلم يجزأن يرجع بحق قد اعترف به لغيره .

والوجه الثاني : يرجع بها على المحال عليه . [٣]

لأن اعترافه بها للمحتال مشروط بسقوط [٤] حقه من ذمته [فلما لم يسقط من ذمته] [٥] كان مال الحوالة باقيا على ملكه - فيرجع به .

وإن كان المحتال قد قبض الحوالة فلا يخلو من :

أن تكون باقية أو تالفة .

فإن كانت باقية فهى في الحكم على ملك المحيل .

ويقال للمحتال : استوف حقك منها ؛ لأن ادعاء المحيل أنه أحاله بها من حقه إذن منه بقبضها من حقه [٦] .

١- سقطت من : جـ .

٢- المهذب ٣٣٩/١ ، روضة الطالبين ٢٣٧/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤٣١/٤ ، وفى روضة الطالبين ٢٣٦/٤ إشارة إلى أن القول بالرجوع أصحّ ، وفى مغنى المحتاج (ويرجع به الآخر على المحال عليه فى أحد الوجهين ، رجحه ابن المقرى تبعاً لاختيار ابن كجّ) .
وفى حاشية قليوبي ٣٢٣/٢ : (هو المعتمد) يعنى الرجوع .

٣- في د : على المحال ، وفي م : على المحتال عليه .

٤- في د : لسقوط .

٥- سقط من : أ .

٦- المصادر السابقة.
وفى الفتح ٣٥٤/١ ، والروضة ٢٣٨/٤ (إن كان المقبوض باقيا فقد حكى الغزالي وجهين : أحدهما يطالبك بحقه ، يعنى أن المحتال يطالب المحيل - ويرد المقبوض عليك .
والثانى - وهو الصحيح - : أنه يملكه الآن ، وإن لم يملكه عند القبض ، لأنه من جنس حقه ، وصاحبه يزعم أنه ملكه .
ويشبه أن لا يكون فيه خلاف محقق - بل له أن يرده ويطالب ببدل حقه ، وله أن يأخذه بحقه ...) .

وإن كانت تالفة كان تلفها من مال المحيل .

وحق المحتال باق في ذمة المحيل ، وليس للمحيل أن يرجع بالحوالة على المحال عليه ؛ لأنه دفعها بإذنه .

وإذا/ قيل بمذهب ابن سريج - أن القول قول المحيل - نظر : ١١٢ ب

فإن لم يكن قبض الحوالة فله أن يقبضها الآن ، ولا يكون إنكاره لها من قبل مانعا لقبضها من بعد ، ويصير كالمبتدىء لها بعد الخلاف .

وإن كان قد قبضها فقد استقرت ، وبرىء المحيل منها - سواء كانت باقية في يده ، أو تالفة .

أ- فصل : (**فرعان مترتبان على الخلاف بين المزني وابن سريج هنا**) :

ويتفرع [على] [١] ما ذكرنا من اختلاف المزني وابن سريج في هاتين المسألتين فرعان : [٢]

أحدهما : أن يقول : ضمنت لك مالك على فلان على أنه بريء منه .

فعلى قياس مذهب المزني : يصح هذا ، وتكون حوالة بلفظ الضمان . لأن الألفاظ مستعارة .

وعلى قياس مذهب ابن سريج : يكون ضمانا باطلا .

اعتباراً بظاهر اللفظ .

والثاني : أن يقول : قد أحلتك على زيد ؛ على أنني ضامن للمال حتى تقبضه .

فعلى قياس مذهب المزني : يكون هذا ضمانا [٣] بلفظ الحوالة .

فيصح إذا قبل المحال عليه ؛ لأن الألفاظ مستعارة .

وعلى قياس مذهب ابن سريج : تكون حوالة فاسدة . اعتباراً بظاهر اللفظ ، وما اقترن به من فساد الشرط .

١- سقطت من : د .

٢- هذان الفرعان نقلهما الشاشي في حلية العلماء ٥/ ٤٠ - عن المصنف ، وانظر : فتح العزيز ١٠/ ٣٨٥ ، الروضة ٤/ ٢٦٤ .

٣- في ب : ضامنا .

٥- مسألة : (يجوز للمحال عليه والمحتال أن يحيل بما أحيل به عليه أوله وما يترتب علـى ذلك) :

[قال المزني] (١) : (ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فأحاله المطلوب بها على رجل [له](٢) عليه ألف درهم ، ثم أحاله بها المحال عليه (٣) على ثالث له عليه ألف [درهم] (٤) برىء الأولان (٥) ، وكانت للطالب على الثالث) (٦)

وهذا كما قال .

إذا أحيل بدينه على رجل ثم إن المحال عليه أحاله بذلك / على ثالث ، وأحاله الثالث على رابع ، صح ذلك وجاز .(٧)

١١٣ أ

لأن الحوالة كالمعاوضة .

وهكذا لو أحيل بدينه على رجل ، ثم أحال المحتال بذلك الدين غيره ، وأحال ذلك الغير ثالثا ، (٨) وأحال الثالث رابعا ، جاز أيضا . (٩)

فيكون في المسألة [الأولى] (١٠) ينتقل الحق من ذمة إلى ذمة - والمحتال واحد . وفي هذه المسألة : الحق لا ينتقل من (١١) من ذمة المحال عليه ، وإنما ينتقل استحقاقه من محتال إلى محتال - والمحال عليه واحد .

آخر كتاب الحوالة (١٢) ، والله أعلم .

١- سقط من : جـ .

٢- سقطت من : أ .

٣- في أ : ثم أحالة المحال بها عليه ، وفي المختصر و م : ثم أحالة بها المحتال عليه .

٤- ليست في النسخ ، وهي في المختصر .

٥- في د : الأول

٦- المختصر ٢٠٦ .

٧- في جـ : وكان .

٨- في م : الثالث .

٩- فتح العزيز ٣٥٤/١٠ ، روضة الطالبين ٢٣٨/٤ .

١٠- سقطت من : جـ .

١١- في ب و م : في ذمة .

١٢- ليس في : ب و جـ .

كتاب الضمان :[١]

(تحريت فيه مذهب الشافعي وقياس قوله .

قال المزني :[٢] قال الله تعالى : (قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَآءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْبِهِ زَعِيمٌ)[٣] .

وقال تعالى : (سَلْهُم أَيُّهُم بِذَلِكَ زَعِيمٌ)[٤] .

١- فى المختصر : باب الكفالة .

وسيأتى الكلام عن كفالة البدن فى آخر كتاب الضمان (ص) ٣٢٩

والضمان لغة من ضمن ، وليس من ضَم - من حيث الاشتقاق - لأن نون (ضمن) أصلية .

ومن معانيه : الالتزام ، والكفالة والتحمل ، وجعل الشىء فى الشىء ، وكلها مناسبة لمعناه الشرعى لأن فيه التزام وكفالة وتحمل من الضامن ، وهو يجعل ذمته مع ذمة المضمون عنه فى المطالبة بالدين وقد ذكر المصنف ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ أن معنى الضمان والكفالة والحمالة واحد ، لكن العرف خصصها .

وانظر : الصحاح ٢١٥٥/٦ ، اللسان ١٢٦/١٧ ، القاموس ١٣٦١ ، ١٥٦٤ ، المصباح ٣٦٤، ٥٣٦ .

أما الضمان اصطلاحاً فقد اختلف الفقهاء فى تعريفه حسب اختلافهم في بعض مسائله التفصيلية .

وهو عند الحنفية : ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة - وقيل في الدين :

وهذا يشمل ما كان فى الأموال وما كان في النفوس كذلك .

وعند المالكية : شغل ذمة أخرى بالحق . أو التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره أو طلبه من عليه لمن هو له . فيشمل ضمان المال ، وضمان الوجه (كفالة حضور البدن) ، وضمان الطلب (وهو أن يفتّش الضامن عن المضمون إن تغيب ثم يدل رب الحق عليه وإن لم يأت به) .

أما الشافعية فقالوا هو : عقد يحصل به التزام حق ثابت فى ذمة الغير ، أو إحضار من هو عليه ، أو عين مضمونة .

فيشمل ضمان المال وكفالة الأبدان ..

وعند الحنابلة تفصيل فى التعريف : فالضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه فى التزام دينه . والكفالة هى : التزام رشيد مختار إحضار من عليه حق ماليّ إلى صاحبه .

انظر : الهداية ٩٦/٣ ، مجمع الأنهر ١٢٣/٢ ، ومختصر خليل ١٩٣ ، الشرح الصغير ٤٢٩/٣ ، ٤٥٢ ومغني المحتاج ١٩٨/٢ ، أسنى المطالب ٢٣٥/٢ ، والكافي لابن قدامة ٢٢٧/٢ ، الشرح الكبير للمقدسى ٣٤/٣ ، ٤٧ ، شرح المنتهى ٢٤٥/٢ ..

٢- فى م : مسألة : قال المزنى ..

٣- الآية (٧٢) سورة يوسف .

٤- الآية (٤٠) سورة القلم .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « والزعيم غارم » . [١]

والزعيم في اللغة هو : الكفيل [٢]) [٣] .

أما الضمان فهو : أحد الوثائق [٤] في الأموال ؛ لأن الوثائق ثلاثة : الشهادة ، والرهن ، والضمان .

والدليل على جواز الضمان وصحته : الكتاب والسنة [٥] .

فأما الكتاب فقوله تعالى : (قالوا نفقد صُواع الملك ولمن جاء به حِمْل بعير وأنا به زَعيم) . [٦]

فإن قيل : فالاستدلال بهذه الآية لا يصح من وجوه ثلاثة :

أحدها : أنها حكاية حال محرّفة ، ونقل قصة غير صحيحة . لأن الصواع [٧] لم يفقد ، والقوم / لم يسرقوا . ١١٣ ب

وإذا كان موضوعها [٨] كذبا كان الاستدلال به [٩] فاسداً .

١- سيأتي تخريجه ص ٢٣٥ .

٢- الصحاح ١٩٤٢/٥ ، اللسان ١٥٨/١٥ ، القاموس ١٤٤٣ ، المصباح ٢٥٣ تفسير المشكل من غريب القرآن لمكيّ بن أبي طالب ١١٥، ٢٧٧ ، الكشاف للزمخشري ٤٩٠/٢ ، تفسير القرطبي ٢٣١/٩ ، ٢٤٧/١٨ ، أحكام القرآن للجصاص ١٧٥/٣ .

٣- المختصر ٢٠٦ - وقد نُقل نص المزني بطوله في : م .

٤- في أ : أخذ الوثاق ، وفي م : أخذ الوثائق .

٥- والإجماع حكاه غير واحد .

الإجماع لابن المنذر ٥٩ ، الإفصاح ٣٨٥/١ ، المغني لابن قدامه ٤٠٠/٤ ، بداية المجتهد ٢٩٥/٢ ، رحمة الأمة ١٥٨ .

٦- سورة يوسف الآية ٧٢ .

٧- الصُّواع والصاع الذي يكال به وهو أربعة أمداد ، وقيل الصّواع إناء يشرب فيه .

الصحاح ١٢٤٧/٣ ، اللسان ٨٣/١٠ ، القاموس ٩٥٥ تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٧٥٠/٢.

٨- في أ و م : موضوعاً ، وفي ب : موضعها .

٩- في ب ، جـ ، م : بها .

فالجواب عنه من وجهين :

أحدهما : أن هذا من قول المنادي ؛ ولم يكن يعلم بما فعل يوسف ، فلما فقد الصواع ظن أنهم سرقوه ، فنادى بهذا وهو يعتقد [١] أنه [حق] [٢] وصدق . [٣]

والثاني : أن يوسف - عليه السلام - فعل ذلك عقوبة لإخوته فخرج عن باب الكذب إلى حد العقوبة والتأديب .

ثم رغّب الناس فيما بذله لهم بما قد استقر عندهم لزومه ووجوبه - ليكون أدعى إلى طلبتهم وتحقيق القول عليهم - زيادة في عقوبتهم .

والسؤال الثاني [٤] : أن الآية تناولت [٥] ضمان مال مجهول ،

لأن حمل البعير مجهول ؛ وضمان المجهول باطل . [٦]

والجواب عنه من وجهين :

أحدهما : أن حمل البعير [كان] [٧] عندهم عبارة عن قدر معلوم - كالوَسق [٨] كان موضوعا [٩] لحمل الناقة ، ثم صار [١٠] بعد في قدر معلوم . [١١]

١- في جـ : ولم يعتقد .

٢- سقطت من : أ .

٣- تفسير الماوردي (النكت والعيون) ٦٢/٣ ، الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبي ٢٣١/٩ .

٤- يعنى الاعتراض الثانى على الاستدلال بالآية .

٥- فى ب و جـ و د : تناول .

٦- ستأتي هذه المسألة ص ٢٩٩ .

٧- ليست في : د

٨- الوِسْق - بفتح الواو وكسرها ، وسكون السين - مكيلة تساوى ستين صاعاً بصاع النبي صلى الله عليه وسلم . وقيل : الوسْق هو حمل البعير .

الصحاح ١٥٦٦/٤ ، اللسان ٢٥٨/١٢ ، المصباح المنير ٦٦٠ ، القاموس ١١٩٩ .

٩- في جـ : كان موصوفاً بحمل الناقة .

١٠- في ب و ج و م : ثم صار مستعملاً فى ..

١١- النكت والعيون ٦٢/٣ الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢٣٢/٩ .

والثانى : أن الآية دالّة على أمرين :

أحدهما : جواز الضمان .

والثانى : صحته فى القدر المجهول .

فلما خرج بالدليل ضمان المجهول كان الباقى على ما اقتضاه التنزيل .

والسؤال الثالث : أنه ضمان مال الجعالة ، وضمان [مال الجعالة] (١) باطل .

والجواب عنه : أن أصحابنا قد اختلفوا فى [جواز] (٢) ضمان مال الجعالة على وجهين : (٣)

أحدهما : يجوز ضمانه - فعلى هذا يسقط السؤال .

والثاني : أنه لا يصح - فعلى هذا لا يمنع (٤) قيام الدليل على فساد ضمان مال الجعالة من التعلق (٥) بباقى الآية .

وقال تعالى : (سلهم أيهم بذلك زعيم) .(٦) / ١١٤ أ

وهذا - وإن كان على طريق [التحدي] (٧) فهو دال على جواز الضمان .

والزعيم : الضمين ، وكذلك الكفيل والحميل والصبير . (٨) ومعنى جميعها واحد .

١- سقط من : د .

٢- ليست في : أ .

٣- المهذب ٣٠٥/١ ، ٣٤٠ ، التنبيه ٧٤ ، حلية العلماء ٥٤/٥ فتح العزيز ٣٦٩/١٠ ، الروضة ٢٣٠/٤ ، ٢٥٠ ، مغني المحتاج ٢٠٢/٢ ، نهاية المحتاج ٤٤١/٤ .
قال النووي في الروضة ٢٥٠/٤ (.. الجعل في الجعالة وفيه - أي ضمانه - وجهان كما سبق في الرهن به - وموضع الوجهين بعد الشروع في العمل وقبل تمامه) .
وقد ذكر في الرهن بمال الجعالة أنه لا يصح على الأصح - ٥٥/٤ .
وستأتى مسألة ضمان مال الجعالة مستقلة ص ٢٦٩ .

٤- في أ : فعلى هذا يمتنع ، وفي ب و جـ و د و م : لا يمتنع ، ولعل ما أثبته هو الصواب .

٥- في ب : من التعليق .

٦- سورة القلم الآية ٤٠ .

٧- سقطت من : د .

٨- القاموس المحيط ١٤٤٣ ، ١٣٦١ ، ١٢٧٧ ، ٥٤١ ، المصباح المنير ٢٥٣ ، ٥٣٦ ، ١٥١ ، ٣٣١ ، تفسير المشكل من غريب القرآن لمكيّ بن أبي طالب ٢٧٧ ، النكت والعيون ٧٠/٦ .

غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحميل في الديات ، والكفيل في النفوس [١] ، والزعيم في الأمور العظام ، والصبير في الجميع .

وإن كان الضمان يصح بكل واحد منها [٢] ويلزم [٣] .

وأما السنة : فروى [٤] ابن عياش [٥] عن شرحبيل بن مسلم [٦] عن أبى أمامه [٧] قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :

«إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث ، لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها» .

١- في أ : فى الأبدان .

٢- في أ و ب و د و م : منهما .

٣- راجع تفسير القرطبي ٢٣١/٩ ، إرشاد الساري ١٤٦/٤، مغني المحتاج ١٩٩/٢ ، نهاية المحتاج ٤٣٢/٤ - وبعض هذه الكتب فيه تصريح بالنقل عن المصنف هنا .

٤- في جميع النسخ : ابن عباس ، وفي أ و جـ : عن شرحبيل بن حسنة وفي ب و د : شرحبيل ابن مسلمة ، وفى م : عن شرحبيل عن ...

٥- هو إسماعيل بن عياش بن سليم العنسى ، أبو عتبة الحمصي ، كان محتشماً نبيلاً جواداً ، وكان يعتمد على حفظه في الرواية فوقع خلل في حديثه عن الحجازيين ، أما روايته عن الشاميين فيحتج بها ، توفي سنة (١٨٢ هـ) اثنين وثمانين ومائة رحمه الله تعالى .

تذكرة الحفاظ ٢٥٣/١ ، طبقات الحفاظ ١٠٨ ، تهذيب التهذيب ٣٢١/١ ، المغني للذهبي ٨٥/١ .

٦- شرحبيل بن مسلم بن حامد الخولاني الشامي ، أدرك خمسة من الصحابة ، وثقه الإمام أحمد وقال ابن حجر : صدوق فيه لين .

المغنى في الضعفاء ٢٩٦/١ ، تهذيب التهذيب ٣٢٥/٤ ، تقريب التهذيب ٤١٥/١ .

٧- الصحابي صُدَيّ بضم الصاد وفتح الدال وتشديد الياء - بن عجلان بن الحارث ، أبو أمامة الباهلي اشتهر بكنيته ، بايع تحت الشجرة ، روي له عن النبي صلى الله عليه وسلم مائتان وخمسون حديثاً ، كان مع علي في صفّين ، ذهب إلى مصر وسكن بها ثم انتقل إلى حمص حتى مات بها سنة ست وثمانين (٨٦ هـ) فكان آخر من مات بالشام من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين .

الإصابة ١٨٢/٢ ، الاستيعاب ٤/٤ ، تهذيب التهذيب ٤٢٠/٤ ، تهذيب الأسماء ١٧٦/٢ .

قيل يا رسول الله : ولا الطعام ؟

قال : «ذلك أفضل أموالنا» ثم قال : «العارية مضمونة مؤداة ، والمنحة مردودة ، والدين مقضي ، والزعيم غارم » . (١)

١- رواه أبو داود في سننه ٨٢٤/٣ ك : البيوع والإجارات ١٧ ب : في تضمين العارية ٩٠ رقم ٣٥٦٥ من حديث إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبى أمامة مرفوعاً بنحوه ولم يقل عن العارية «مضمونة» .

والترمذي في سننه ٥٦٥/٣ ك : البيوع ١٢ ب : العارية مؤداه ٣٩ رقم ١٢٦٥ دون قوله «والمنحة مردودة» .

وفي كتاب الوصايا ٣١ ب : ما جاء : لاوصية لوارث ٥ رقم ٢١٢٠ جـ ٤٣٣/٤ .

وابن ماجه في سننه ٨٠١/٢ ، ٨٠٤ - ك : الصدقات ١٥ ب : العارية ٥ رقم ٢٣٩٨ وب : الكفالة ٩ رقم ٢٤٠٥ مفرقاً ومختصراً .

والدار قطنى في سننه ٤١/٣ ك البيوع رقم ١٦٦ .

وأحمد في مسنده ٢٦٧/٥ .

وأبو داود الطيالسي في مسنده ١١٢٨ .

والبيهقى في السنن الكبرى ٧٢/٦ .

كلهم من حديث إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم ..

ورواية إسماعيل عن الشاميين جيدة وشرحبيل منهم إلا أن فى شرحبيل ليناً .

قال الترمذى عن الحديث : حسن غريب .

وانظر نصب الراية ٥٧/٤ ، ٥٨ .

وقوله : « والمنحة مردودة » المِنْحة بكسر فسكون (هي ما يمنحه الرجل صاحبه من أرض يزرعها مدة ثم يردها ، أو شاة يشرب درها ثم يردها على صاحبها ، أو شجرة يأكل ثمرتها ..

وجملتها أنها تمليك المنفعة دون الرقبة ، وهي من معنى العواري ، وحكمها الضمان كالعارية) معالم السنن ٢٥/٣ ، تحفة الأحوذى ٣١١/٦ .

وروى زائدة [١] عن [٢] عبد الله بن محمد بن عقيل [٣] عن جابر [٤] قال : توفى رجل منا فغسّلناه ثم كفّنّاه ، ثم أتيت به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه ، فخطا خطوة ثم قال « أعليه دين » ؟

قلنا : ديناران .

فانصرف ، فتحملها أبو قتادة [٥] وقال عليّ الديناران .

فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « أعليك حق الغريم ، وبرىء الميت منه » ؟

١- هو زائدة بن قدامه الثقفى ، أبو الصلت الكوفى ، روى عن أبى إسحاق السبيعى وعبد الملك ابن عمير ، وعبد الله بن محمد بن عقيل وغيرهم .

وثقة العلماء وكان لا يروي عن صاحب بدعه ، قال الحافظ فى التقريب : (ثقة ثبت ، صاحب سنة ، من السابعة) مات سنة ستين ومائة (١٦٠هـ) وقيل بعدها .

تهذيب الكمال للمزّي ٢٧٣/٩ رقم ١٩٥٠، تهذيب التهذيب ٣٠٦/٣ ، تاريخ الثقات ١٦٣ ، تقريب التهذيب ٣٠٧/١ .

٢- في أ : زائدة بن عبد الله .

٣- عبد الله بن محمد بن عقيل بن أبي طالب الهاشمي ، تابعي روى عن عدد من الصحابة منهم ابن عمر وأنس وجابر ، وعن بعض كبار التابعين مات بالمدينة ، تكلم فيه بعض العلماء من قبل حفظه ، وضعّفه أكثرهم ، واحتج به أحمد ، قال ابن حجر في التقريب ٥٣٠/١ : (صدوق في حديثه لين ، ويقال تغيّر بآخره) وانظر:

الكاشف ١٢٦/٢ ، المغني ٣٥٤/١ ، تهذيب التهذيب ١٣/٦ .

٤- الصحابي جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمي - أبوه صحابي أيضا وجابر من المكثرين من الرواية حيث روى ما يزيد على ألف وخمسمائة حديث ، غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم تسع عشرة غزوة ليس منها بدر وأحد ، من علماء الصحابة ، مات في المدينة سنة ثمان وسبعين (٧٨ هـ) فكان آخر صحابي يموت بها رضى الله تعالى عنه .

الإصابة ٢١٣/١ ، الاستيعاب ٢٢١/١ ، تذكرة الحفاظ ٤٣/١ ، تهذيب الأسماء ١٤٢/١

٥- الحارث بن ربعى - وقيل اسمه النعمان - الأنصارى الخزرجى ، أبو قتادة ، فارس رسول الله صلى الله عليه وسلم شهد أحداً وما بعدها واختلف في شهوده بدراً ، روى حوالى مائة وسبعين حديثاً وتوفى بالمدينة سنة أربع وخمسين ٥٤ هـ رضي الله تعالى عنه .

الإصابة ١٥٨/٤ ، أسد الغابة ٢٥٠/٦ ، الاستيعاب ١٦١/٤ ، تهذيب التهذيب ٢٠٤/١٢ .

قال : [نعم] .(١)

قال : فصلّى عليه ، ثم قال بعد ذلك بيوم : «ما فعل الديناران» ؟ !

قال : إنما مات أمس .

ثم عاد عليه بالغد فقال : قضيتهما (٢) .

قال : «الآن بردت عليه جلده» .(٣)

١- سقط من : د .

٢- في أ و د : قبضتهما ، وفي ب و م : قضيتها .

٣- رواه البيهقي في السنن الكبرى ٧٤/٦ ، ٧٥ . من حديث زائدة عن عبد الله بن محمد بن عقيل قال : قال جابر .. فذكر نحوه .

والحاكم في المستدرك : ك : البيوع ٥٧/٢ .

وأحمد في مسنده ٣٣٠/٣ .

وأبو داود الطيالسي في مسنده ٢٣٣ رقم ١٦٧٣ .

وعبد الله صدوق في حديثه لين - كما في التقريب ٥٣٠/١ .

ولهذا قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٣٩/٣ : رواه أحمد والبزار وإسناده حسن . وقد صححه الحاكم ووافقه الذهبي .

وله طريق آخر من حديث عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر بنحوه .

رواه أبو داود في سننه ٦٣٨/٣ ك البيوع والإجارات ١٧ ب : التشديد في الدين ٩ رقم ٣٣٤٣ .

والنسائي في السنن ٣٧٨/٤ ب : الكفالة بالدين .

والبيهقي في السنن الكبرى ٧٣/٦.

وصححه ابن حبان في الصلاة على الجنازة ٢٥/٥ رقم ٥٠٥٣ .

وقد أخرج البخاري نحوه من حديث سلمة بن الأكوع كما في الصحيح ٥٤٥/٤ ك الحوالة ٣٨ ، ب : إن أحال دين الميت على رجل جاز ٣ رقم ٢٢٨٩ . وفيه أن الدين «ثلاثة دنانير» .

ب
١١٤

وروى أبو سعيد الخدري [١] - رضى الله عنه - قال : كنا مع النبى - صلى الله عليه وسلم فى جنازة ، فلما وضعت/ قال صلى الله عليه وسلم : «هل على صاحبكم من دين » ؟ قالوا : نعم ؛ درهمان .

قال : « صلوا على صاحبكم » .

فقال عليّ - رضوان الله عليه - : هما عليّ يا رسول الله ، وأنالهما ضامن .

فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على عليّ فقال :

«جزاك الله عن الإسلام خيراً ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» . [٢]

١- سعد بن مالك بن سنان بن عبيد الأنصاري الخزرجى الخدري نسبة إلى أحد أجداده لم يشارك فى أحد لصغر سنه وغزا بعدها ثنتى عشرة غزوة ، روى ما يزيد على ألف ومائة حديث ، كان من علماء الصحابة وفضلائهم ، توفى سنة أربع وسبعين (٧٤ هـ) ودفن بالبقيع رضى الله عنه وعن أبيه .
الإصابة ٣٥/٢ ، الاستيعاب ٤٧/٢ ، تهذيب التهذيب ٤٧٩/٣ ، تهذيب الأسماء ٢٣٧/٢ .

٢- رواه البيهقي في السنن ٧٣/٦ من حديث عبيد الله بن الوليد الوصافي عن عطية بن سعد العوفي عن أبي سعيد الخدري فذكر نحوه ثم قال : (والحديث يدور على عبيد الله بن الوليد الوصافي وهو ضعيف جداً) .

قال عنه الذهبي في الكاشف ٢٣٥/٢ (ضعفوه) ، وعطية بن سعد العوفي ضعفه الحافظ في التلخيص ٤٧/٣ والتقريب ٦٧٨/١ .

وذكر البيهقي شاهداً له من حديث عليّ رضى الله عنه وفي إسناده عطاء بن عجلان قال عنه الذهبي في الكاشف أيضا ٢٦٦/٢ (اتهمه بعض الأئمة) ، وقال الحافظ في التقريب ٦٧٥/١ (متروك) .

وقد رواه الدار قطني في سننه ٤٧/٣ ، ٧٨ ك البيوع رقم ١٩٤ ، ٢٩٢ من حديث عليّ وأبي سعيد رضي الله عنهما بمثل الطرق التي عند البيهقي .

قال الحافظ في التلخيص ٤٧/٣ : رواه الدار قطني والبيهقى بأسانيد ضعيفة .

وروي عكرمة [١] عن ابن عباس [٢] أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير ، وحلف لا يفارقه حتى يقضيه ، أو يأتيه بحميل ، فجرّه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ،

[وقال : يا رسول الله] [٣] : إن هذا لزمني فاستنظرته شهراً .

[فأبى عليّ حتى] [٤] آتيه بحميل أو أقضيه .

ووالله ما أجد حميلا ، وما عندي قضاء .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم - : «هل تستنظرها [٥] إلى شهر » ؟

قال : لا .

قال : «فأنا أتحمل [٦] بها عنك» فتحمل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم

فذهب الرجل فأتاه بقدر ما وعده ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم :

«من أين لك هذا الذهب» ؟

قال من معدن .

١- عكرمة بن عبد الله ، أصله بربري من أهل المغرب ، أبو عبد الله مولي ابن عباس من كبار التابعين ومن فقهاء مكة الأعلام سمع من عدد من الصحابة وروى عنه جماعات ... ، روى له البخاري . وقد توفي سنة أربع ومائة (١٠٤ هـ) وقيل غير ذلك رحمه الله .

تهذيب الأسماء ١/ ٣٤٠ ، وفيات الأعيان ٢/ ٤٢٧ ، تهذيب التهذيب ٧/ ٢٦٣ ، شذرات الذهب ١/ ١٣٠ .

٢- عبد الله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمى ، ابن عم النبى صلى الله عليه وسلم ، حبر الأمة وترجمان القرآن ، من المكثرين من رواية الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له بالفقه والعلم ، كان من علماء الصحابة ، توفى رسول الله وعمر ابن عباس ثلاث عشرة سنة ، وكُفّ بصره فى آخر عمره ، توفي بالطائف سنة ثمان وستون (٦٨ هـ) رضى الله تعالى عنه .

الإصابة ٢/ ٣٣٠ ، الاستيعاب ٢/ ٣٥٠ ، أسد الغابة ٣/ ١٩٢، تذكرة الحفاظ ١/ ٤٠ ، تهذيب الأسماء ١/ ٢٧٤ .

٣- سقط من : د .

٤- سقط من : أ .

٥- فى ب و ج و م : إلا شهراً .

٦- في أ : فأنا الحميل بها .

قال : «اذهب فلا حاجة لنا فيها ، ليس فيها خير» [١] وقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - . [٢]

وروى عبد الحميد بن أميه [٣] ، عن أنس [٤] أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أُتيَ بجنازة فقيل : صل عليها .

١- علّق الخطابي في معالم السنن ٦٢٢/٣ على هذه الجملة مبيناً سبب رده ذلك بأنه قد يكون لسبب خاص في ذاك الذهب ، أو لأن أصحاب المعادن يبيعون ترابها ممن يعالجه وفي ذلك غرر ، أو لأنه تحمل دنانير مضروبة وهذا تبر غير مضروب ..

٢- رواه أبو داود في سننه ٦٢٢/٣ ك : البيوع والإجارات ١٧ ب : في استخراج المعادن ٢ رقم ٣٣٢٨ مختصراً .

وابن ماجه في سننه ٨٠٤/٢ ك : الصدقات ١٥ ب : الكفالة ٩ رقم ٢٤٠٦ بنحوه .

والبيهقى فى السنن ٧٤/٦ بنحوه .

كلهم من طريق عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن عمرو بن أبي عمرو عن عكرمة عن ابن عباس ..

فأما عبد العزيز الدراوادي فصدوق ، كان يحدث من كتب غيره فيخطىء ، وأما عمرو فثقة وربما وهم : قاله الحافظ في التقريب ٦٠٧/١ ، ٧٤١ .

٣- في أ و م : عبد الحميد بن أبي أمية ، وفي ب : عبد الحميد عن أبي أميه ، وفي جـ : عبد الحميد ابن أبي أمامه ، وفي د : عبد المجيد عن أميه .

وذكر البيهقي في السنن الكبرى ٧٥/٦ أن اسمه عبد الحميد بن أبى أمية - كما سيأتى ، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤٠/٣ ، وابن حجر في لسان الميزان ٣٩٥/٣ ، والذهبى في المغني ٣٦٨/١ : إنه عبد الحميد بن أمية يروي عن أنس - وهو ضعيف .

٤- الصحابى أنس بن مالك بن النضر الأنصاري الخزرجي ، أبو حمزة ، خادم رسول الله صلى الله عليه وسلم أحد المكثرين من الرواية حيث روى ما يزيد على ألفين ومائتين وثمانين حديثا .

دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير كثير ، شهد الفتوح ، وسكن البصرة بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم حتى مات بها سنة ثلاث وتسعين (٩٣ هـ) فكان آخر صحابي يموت بها رضي الله عنه .

الإصابة ٧١/١ ، الاستيعاب ٧١/١ ، تذكرة الحفاظ ٤٤/١ ، تهذيب الأسماء ١٢٧/١ .

[فقال] : [١] «أليس عليه دين» ؟

قالوا : نعم [٢].

فقال صلى الله عليه وسلم : «ما ينفعك أن أصلي على رجل وهو مرتهن في قبره ، فلو ضمن رجل دينه قمت فصليت عليه ؛ فإن صلاتي تنفعه » [٣]

P115

وروى ابن شهاب [٤] عن أبي سلمة [٥] بن عبد الرحمن [٦] / ١١٥ أ عن أبي هريرة - رضي الله عنه أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يؤتى بالرجل المتوفّى عليه الدَّين ، فيسأل : «هل ترك قضاء» [٧] ؟

فإن حُدِّث أنه ترك [٨] وفاء صلى عليه ، وإلا قال للمسلمين : «صلوا على صاحبكم» .

١- سقطت من : د .

٢- هكذا فى سائر النسخ.والجواب هنا يكون بـ «بلى» لكن المصنف روى الحديث بالمعنى ..

٣- رواه البيهقي في السنن الكبرى ٧٥/٦ وفى معرفة السنن والآثار ٢٨٦/٨ رقم ١١٩٣١ . عن عيسى ابن صدقة قال : دخلت أنا وأبي وإمام الحي على أنس بن مالك .. فذكر نحوه ، وفيه «قال : هل عليه دين؟ قالوا:نعم».

قال البيهقي في السنن الكبرى : ورواه أبو الوليد الطيالسى عن عيسى فأدخل بينه وبين أنس بن مالك عبد الحميد ابن أبى أمية .

ثم رواه من طريق أبى داود الطيالسى بنحوه .

ومن طريق أبى بكر بن أبى شيبه من حديث أنس مختصراً .

وأشار الهيثمي في مجمع الزوائد ٣٩/٣، ٤٠ إلى أنهما طريقان عن أنس :

(الأولى فيها عيسى بن صدقة وقال عنه : رواه أبو يعلى ، وعيسى وثّقة أبو حاتم وضعفه غيره والثانية عند الطبرانى في المعجم الأوسط وفيها عبد الحميد بن أمية - وهو ضعيف) .

٤- هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب الزهري ، أبو بكر ، مدني من التابعين ، سمع عدداً من الصحابة وروى عنهم ، روى عنه عدد من كبار التابعين ، كان من أحفظ أهل زمانه ، كثير العلم فقيها فاضلاً توفى فى بلاد الشام سنة أربع وعشرين ومائة (١٢٤ هـ) رحمه الله تعالى .

تذكرة الحفاظ ١٠٨/١ ، تهذيب التهذيب ٤٤٥/٩ ، طبقات الحفاظ ٤٢ ، تهذيب الأسماء ٩٠/١ .

٥- فى أ و ب و د : عن أبي سلمة عن عبد الرحمن .

٦- أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري المدني ، قيل اسمه : عبد الله وقيل : إسماعيل ، وقيل : اسمه وكنيته واحد ، كان ثقة فقيها - قيل إنه أحد فقهاء المدينة السبعة ، كان يخالف ابن عباس في بعض المسائل ...، اتفقوا على إمامته وعظم قدره . توفى سنة أربع وتسعين (٩٤ هـ) رحمه الله تعالى .

تذكرة الحفاظ ٦٣/١ ، تهذيب التهذيب ١١٥/١٢ ، شذرات الذهب ١٠٥/١ ، طبقات الحفاظ ٢٣ ، تهذيب الأسماء ٢٤٠/٢ .

٧- هكذا فى صحيح مسلم ، وفى صحيح البخارى : «فضلاً» .

٨- في صحيح البخاري : «أنه ترك لدينه وفاء» .

فلما فتح الله عليه الفتوح قام فقال : «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن تُوفّي من المؤمنين فترك دينا فعليّ قضاؤه ، ومن ترك مالاً فلورثته» . [١]

وفي قوله : « من ترك دينا [[٢] فعليّ قضاؤه ، ومن ترك مالاً فلورثته» تأويلان :

أحدهما : معناه : من ترك [دينا] [٣] عليه ولا قضاء] [٢] فعليّ قضاؤه من [مال] [٣] الصدقات ، وسهم الغارمين .

ومن ترك مالاً لا دين عليه فهو لورثته .

والثاني : معناه : من ترك دينا [له] [٤] ومالاً فعليّ اقتضاء الدّين [له] [٥] واستخراجه ممن هو عليه حتى يصير مع ماله الذي تركه إلى ورثته . [٦]

فإن قيل : فلم كان يمتنع من الصلاة على من عليه دين إذا مات معسراً ، [ولا يمتنع من الصلاة عليه إذا مات موسراً] [٧] والمعسر في الظاهر معذور ، والموسر غير معذور ؟ [٨]

قيل : لأن الموسر يمكن قضاء دينه من تركته ، والمعسر لا يمكن قضاء دينه .

١- متفق عليه فقد رواه :

البخاري في صحيحه ٥٥٧/٤ ك : الكفالة ٣٩ ب : الدين ٥ رقم ٢٢٩٨ من حديث ابن شهاب عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً .

ومسلم في صحيحه ١٢٣٧/٣ ك : الفرائض ٢٣ ب : من ترك مالا فلورثته ٤ رقم ١٦١٩/١٤ .

٢- سقط من : جـ .

٣- ساقط من : د .

٤- سقطت من : أ و ب .

٥- سقطت من : ب و جـ و م .

٦- انظر فتح الباري ٥٥٧/٤ ، معالم السنن ٣٦٠/٣ .

٧- سقط من : د .

٨- انظر : فتح البارى ٥٥٨/٤ ، نهاية المحتاج ٤٣٣/٤ .

وقد قال : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى [عنه] [١] » [٢] فلما كان مرتهناً بدينه لم تنفعه الصلاة عليه ولا الدعاء له إلا بعد قضائه .

وقيل : بل كان يفعل ذلك زجراً عن أن يتسرع الناس إلى أخذ الديون - لينتهوا عنها .

وقيل : بل كان يفعل ذلك ليرغب الناس في قضاء دين المعسر - فلا يضيع لأحد دين ، ولا يبقى على معسر دين . /

١١٥/ب

أ - فصل : (أركان الضمان) :

فإذا ثبت جواز الضمان بما ذكرنا ؛ فالضمان يتم بأربعة أشياء :

ضامن ، ومضمون له ، ومضمون عنه ، ومضمون فيه [٣] .

فلا بد من أن يكون عارفاً بالحق الذي ضمنه : من [٤] جنسه ، وصفته ، وقدره .

١- سقطت من جميع النسخ .

٢- رواه الترمذي في الجامع ٣٨٩/٣ ك ، الجنائز ٨ ب : ما جاء أن نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه ٧٦ رقم ١٠٧٨ .

وابن ماجة في سننه ٨٠٦/٢ ك : الصدقات ١٥ ب : التشديد في الدين ١٢ رقم ٢٤١٣ بمثله .

وأحمد في مسنده ٤٤٠/٢ بلفظ « نفس المؤمن معلقة ما كان عليه دين » وجـ٥٠٨/٢ بلفظ « لا تزال نفس ابن آدم معلقة بدينه حتى يقضى عنه » .

والبيهقي في السنن ٤٩/٦ به .

والحاكم في المستدرك ٢٦/٢ به .

كلهم من حديث عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أبي هريرة . وقد حسنة الترمذي .

وعمر بن أبي سلمة بن عبد الرحمن صدوق يخطيء - نص على ذلك الحافظ في التقريب ٧١٩/١ .

وانظر : الكاشف ٣١٢/٢ ، والمغنى في الضعفاء ٤٦٨/٢ .

٣- في جـ : مضمون منه .

٤- في ب و م : في جنسه .

واختلف أصحابنا : هل يحتاج الضامن إلى معرفة المضون له والمضمون عنه ، [أم لا] ؟ (١) على ثلاثة مذاهب : (٢)

أحدها : أنه لا يحتاج إلى معرفتهما جميعاً - وهو قول أبى العباس بن سريج .

لأن عليا وأبا قتادة (٣) - رضي الله عنهما - ضمنا عمن لم (٤) يعرفاه [ولمن لا يعرفاه] (٥) مع قوله تعالى : (ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم) (٦) ومن يجيء به غير (٧) معروف .

والمذهب الثانى : أنه لا يصح الضمان إلا بمعرفة المضمون له ، والمضمون عنه - وهو مذهب أبى إبراهيم المزني . (٨)

لأنه لما لزم معرفة الحق لزم معرفة من عليه وله .

ولأنه (٩) قد صار معاملاً للمضمون له ، منفصلا عن (١٠) المضمون عنه ، فاحتاج إلى معرفة المضمون له ؛ ليعرف [حسن] (١١) معاملته ، وإلى معرفة المضمون عنه ليعلم هل هو موضع لما يتصل (١٢) به ؟

١- سقطتمن : د .

٢- المهذب ٣٤٠/١ ، التنبيه ٧٤ ، حلية العلماء ٥٢/٥ ، فتح العزيز ٣٥٩/١٠ روضة الطالبين ٢٤٠/٤ ، ٢٤١ ، مغني المحتاج ٢٠٠/٢ ، نهاية المحتاج ٤٣٧/٤ . وقال النووي في الروضة والمنهاج إن الأصح اشتراط معرفة المضمون له،أما المضمون عنه فالأصح أنه لا تشترط معرفته . والثلاثة المذاهب (الأوجه) كما ذكر المصنف ناتجة عن الجمع بين المضمون له والمضمون عنه فى المسألة وإلا فإن فى اشتراط معرفة كل منهما - على حدة - وجهين - كما مر في تصحيح النووى .

٣- سبق تخريجهما ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

٤- في م : عمّن عرفاه ..

٥- سقط من : أ .

٦- سورة يوسف الآية ٧٢ .

٧- فى أ : غيره معروف .

٨- فى المختصر ٢٠٧ (وقال الشافعى : ولو ضمن دين ميت بعد ما يعرفه ويعرف لمن هو فالضمان لازم ..) فلعله ما أشار إليه المصنف .

٩- في جـ : لأنه .

١٠- في ب : من .

١١- سقطت من : أ .

١٢- في ب : يفعل به ، وفي جـ : يفعل معه ، وفي د : تفضل به .

والمذهب الثالث : أنه يحتاج إلى معرفة المضمون له ، [ولا يحتاج إلى معرفة المضمون عنه] (١)- وهو قول أبي علي بن أبي هريرة .

لأن المعاملة منقطعة بينه وبين المضمون عنه ؛ فلم يحتج إلى معرفته ، والمعاملة باقية (٢) بينه وبين المضمون [له] (٣) فاحتاج إلى معرفته .

ثم لا يخلو حال المضمون من أحد أمرين :

إما أن يكون مضمون الأصل ، أو غير مضمون الأصل .

فإن كان غير/مضمون الأصل - كالودائع والشرك والمضاربات - (٤) فضمانه باطل . P116

لأن ضمان (٥) أصله غير لازم .

وإن كان مضمون الأصل لم يخل [من] (٦) أن يكون :

حقاً في الذمة ، [أو عينا قائمة .

فإن كان حقاً في الذمة] (٧) صح ضمانه - على ما سنشرحه (٨) من استقرار لزومه .

١- سقط من : أ .

٢- في ج : باقية له بينه ..

٣- ليست في : د .

٤- الأصل في هذه الأشياء أنها أمانات ، والأمانة لا تضمن إذا تلفت عند الأمين من غير تعد ولا تفريط ومن الآمناء المرتهن والشريك والوكيل والمودَع والوصي ..

انظر : المهذب ١/ ٣١٦ ، ٣٤٧ ، ٣٥٧ ، ٣٥٩ .. ، روضة الطالبين ٣/ ٥١٠ ، ٤/ ٩٦ ، ٢٨٦ ، ٣٢٥ ، ٦/ ٣٢٧ .

٥- في د : لأن ضمانه ..

٦- ليست في : أ .

٧- سقط من : د .

٨- سيأتي ص ٢٦٨ .

وإن كان عيناً قائمة - كالغصوب [١] والعوارى :

فمذهب الشافعي أن ضمانها باطل - إلا أن تتلف فيستقر [٢] غرمها فى الذمة .

وقال أبو العباس بن سريج : ضمان الأعيان جائز [٣] - كضمان ما في الذمم .

لأن كليهما [٤] [حق] [٥] قد لزم .

وحكاه قولاً للشافعى [٦] .

وهذا غير صحيح .

لأن العين إن كانت باقية فالواجب ردها ، وذلك [مما] [٧] قد يعجز عنه الضامن ،

فإن تلفت لزم غرم قيمتها ، وذلك مما لم يضمنه الضامن .

مع [ما] [٨] فيها من الجهالة .

فعلى مذهب الشافعى : يكون ضمان الأعيان باطلاً ، ولا يلزم الضامن مطالبة [٩] بسببها .

وعلى مذهب ابن سريج : الضمان لها لازم ، ويؤخذ الضامن بتسليم العين - [١٠] ما كانت باقية .

١- فى م : كالمغصوب .

٢- فى د : فيستتبّ .

٣- فى د : واجب .

٤- فى جـ و د و م : لأن كلاهما .

٥- سقطت من : د .

٦- المهذب ٣٤٤/١ ، حلية العلماء ٧٧/٥ ، فتح العزيز ٣٧٥/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٥/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٢/٢ ، حاشية قليوبي ٣٢٩/٢ .
قال النووى فى الروضة عن ضمان رد العين : (فالمذهب الذى عليه الجمهور أنه على قولي الكفالة ، وقيل يصح قطعاً ..) وسيأتى القولان فى الكفالة ص ٣٣٠ .

٧- ليست فى : د .

٨- سقطت من : د .

٩- فى أ : مطالبته .

١٠- فى د : على ما كانت باقية .

فإن تعذر عليه تسليمها صار كالمعسر بالحق ؛ يؤخر به إلى حين قدرته .

فإن تلفت العين فقد خرّج أبو العباس بن سريج فى ذلك وجهين : [١]

أحدهما : قد بطل - كمن تكفّل بنفس فتلفت بطلت الكفالة - لفوات ما تعلق به الضمان .

والوجه الثاني : أن الضمان ينتقل إلى القيمة .

لأن القيمة تقوم مقام العين عند تلفها .

ولا تمنع جهالة قدرها من لزوم ضمانها ؛ [لأنها] [٢] تفرعت عن أصل معلوم .

وخالف [٣] الكفالة ؛ لأن تلف/النفس لا ينقلها إلى [٤] بدل . [٥] ١١٦ ب

ب - فصل : (**كيفية عقد الضمان**) :

فإذا تقرر ما وصفنا ؛ فلا يصح الضمان إلا بلفظ مسموع [٦] يخاطب به الضامن أحد أربعة أنفس :

إما أن يخاطب بـه المضمـون له - فيقول : قد ضمنت لك عن فلان ألف درهم .

أو يخاطب [به] [٧] وكيل المضمون له .

أو [٨] يقرّ به عند حاكم .

١- المصادر السابقة قريباً .
وفي الفتح ٣٧٥/١٠ ، والروضة ٢٥٥/٤ أن الوجهين مبنيان (على أن المكفول ببدنه لومات هل يغرم الكفيل الدين ؟
إن قلنا : نعم - صح ضمان القيمة لو تلفت العين .
وإلا ، فلا - وهو الصحيح) .
وستأتى مسألة تغريم الكفيل عند موت المكفول ص ٣٤٢ - ومذهب أبى العباس أن الكفيل يغرم ما على المكفول ، أما عند الإمام فتبطل .

٢- سقطت من : د .

٣- فى جـ و د م : وخالفت .

٤- فى ب : إلا ببدل .

٥- أشار المصنف هنا إلى مبنى الخلاف وهو ما سبق فى هامش ١ .

٦- انظر : فتح العزيز ٣٨٠/١٠ ، الروضة ٢٦٠/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٦/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٤/٤ .

٧- ليست فى : أ و م .

٨- في د : ويقرّ به .

أو عند شاهد .

فإن خاطب به من سوى هؤلاء الأربعة لم يكن ذلك شيئاً . وإنما اختص بخطاب أحد هؤلاء الأربعة :

لأن المضمون له : صاحب الوثيقة ، ومستحق المطالبة ، فكان عقد الضمان معه أوكد (١) .

وأما وكيل المضمون له : فلأنه يقوم مقامه ، [وينوب منا به] (٢)

وأما الحاكم : فلأنه يستوفي الحقوق ، والنائب عن الغائب .

ولأن عليّا وأبا قتادة - رضي الله عنهما - ضمنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم - وخاطباه [به (٣)] فأمضاه . (٤)

وأما الشاهد : فلأنه ممن تحفظ به الحقوق .

وإذا كان كذلك : فإن خاطب [به] (٥) المضمون له فتمام الضمان موقوف على المضمون له .

وهل يكون مشروطاً بقبوله (٦) أو برضاه ؟

على وجهين : (٧)

أحدهما : وهو قول أبي العباس بن سريج : أن تمام الضمان مشروط بقبول المضمون له لفظا في الحال .

لأن الضمان عقد وثيقة يفتقر إلى لفظ الضامن بالضمان ، فاقتضى أن يفتقر إلى [لفظ المضمون له بالقبول - كالرهن لما افتقر إلى لفظ الراهن افتقر] (٨) إلى قبول المرتهن .

١- في م : أو كسبه !
٢- ليس في : م .
٣- ليست في : أ و م .
٤- سبق تخريجهما ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ .
٥- في ب و م : فإن خاطبه المضمون له ، وفي د : فإن خاطب المضمون له .
٦- أي أن يقبل باللفظ .
٧- المهذب ٣٤٠/١ ، الوجيز ١٨٣/١ ، روضة الطالبين ٢٤٠/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٠/٢ ، أسنى المطالب ٢٣٦/٢ ، حاشيتي قليوبي وعميرة ٣٢٥/٢ .
وفي روضة الطالبين ٢٤٠/٤ (لا يشترط رضاه على الأصح وقول الأكثرين ، فإن شرطناه لم يشترط قبوله لفظاً على الأصح ..) .
٨- سقط من : م .

وإن [١] تراخى القبول لم يصح الضمان ، كما لا يصح بتراخى القبول في سائر العقود .

117 أ

وقد/صرح بهذا القول : أبو علي الطبري فى « إفصاحه » [٢] .

والوجه الثانى - حكاه ابن أبى هريرة عن بعض شيوخه - :

أن رضا المضمون له شرط فى صحة [٣] الضمان ، ولا يفتقر إلى القبول باللفظ .

لأن الضمان لو كان كسائر العقود - فى أنه مشروط بالقبول - لكان مواجهة المضمون له شرطاً فى صحته ، فلما جاز [له] [٤] أن يضمن مع [٥] غيبته [دلّ على أن لفظ القبول ليس بشرط] . [٦]

وقد ضمن عليّ وأبو قتادة - رضوان الله عليهما - دين الميت مع غيبة صاحبه [٧] ؛ فدلّ [٨] على أنه موقوف على الرضا دون القبول .

فعلى هذا إذا رضي المضمون له بالضمان بقول صريح - أو ما يدل على الرضا فى مجلس الضمان - [جاز - وإن تراخي عن حال الضمان .] [٩]

١- في ب و م : فعلى هذا إن تراخى .

٢- كتاب « الإفصاح » لأبي علي الطبري : شرح فيه مختصر المزنى .
وقد ذكره من ترجم لمصنفه مثل السبكي فى الطبقات الكبرى ٣/ ٢٨٠ ، والنووى فى تهذيب الأسماء ٢/٢٦٢ .

٣- فى جـ و د و م : فى لزوم الضمان .

٤- ليست فى : د، وفى م : فلما جاز أن يضمن له .

٥- فى د : منع .

٦- سقط من : ب و جـ و د .

٧- سبق تخريجهما ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

٨- فى جـ و د و م : دلّ .

٩- سقط من : جـ ، و فى م : وإن تراضيا عن مال الضمان .

فإن لم يوجد منه الرضا بالضمان حتى فارق المجلس فلا ضمان ، وللضامن أن يرجع فى ضمانه [قبل رضا المضمون له ؛ لأن الضمان لم يتم . فإن رضي بالضمان] (١) فلا رجوع للضامن فيه ؛ لأنه قد تم ولزم . (٢)

فهذا حكم الضمان إذا خو طب به المضمون له .

فأما إذا خوطب [به] (٣) وكيل المضمون له - وهو أن يقول الضامن للوكيل : قد ضمنت لموكلك فلان بن فلان ألف درهم عن فلان - فينظر في الوكيل :

فإن [كان] (٤) مأذوناً له فى أخذ الضمان تمّ الضمان بقبول الوكيل ، على أحد الوجهين ، (٥) وبرضاه على الوجه الثانى .

ولا يكون تمامه موقوفا على المضمون له ، وكذلك فى حق المولّى عليه بصغر أو جنون أو سفه (٦) .

وإن كان الوكيل غير مأذون له فى أخذ الضمان (٧) : كان/ تمام الضمان موقوفاً على علم الموكِّل ، ثم على ما يكون من قبوله فى أحد الوجهين ، أو رضاه فى الوجه الثانى (٥).

١١٧ ب

فهذا حكم الضمان إذا خوطب به وكيل المضمون له .

١- سقط من : م .
٢- نقل النووي هذا عن الحاوى - فى الروضة ٢٤١/٤ .
٣- سقطت من : د .
٤- سقطت من : ب .
٥- يعنى الوجهين السابقين فى اشتراط قبول المضمون له باللفظ وقد مرا ص ٢٤٨ .
٦- السَّفه نقص فى العقل ، وأصله الخفة ، فهو خفة الحلم أو هو الجهل ...، وضده الرشد والحلم .. فالسفه ضعف العقل وسوء التصرف فى المال ..
الصحاح ٢٢٣٤/٦ ، اللسان ٣٩١/١٧ ، القاموس ١٦٠٩ ، المصباح المنير ٢٨٠ ، تصحيح التنبيه ٧٣ ، النظم المستعذب ٣٣١/١ ، مغني المحتاج ١٧٠/٢ .
٧- فى أ : أخذ الضمين

فأما إذا خوطب به الحاكم - وهو أن يقول الضامن للحاكم : قد ضمنت لفلان بن فلان عن [(١)] فلان ألف درهم ليرجع [(٢)] عليه :

[فإن كان المضمون له موليا عليه بصغر أو جنون أو سفه أجاز الحاكم ضمانه] [(٣)]، وصار [(٤)] تامًّا به .

وإن كان المضمون [له] [(٥)] رشيداً [(٦)] - لا يولى عليه - كان تمامه موقوفاً على علمه ، ثم على ما يكون من قبوله ، أو رضاه .

وليس للحاكم أن يجيز الضمان عليه - وإن كان الضمان وثيقة له - لأنه عقد ؛ فلم يصح من [(٧)] غيره مع سلامة حاله .

فهذا حكم الضمان إذا خوطب به الحاكم . [(٨)]

فأما إذا خوطب به شاهد أشهده الضامن على نفسه [بالضمان] [(٩)] - فقال :

قد ضمنت لفلان عن فلان ألفاً فاشهد عليّ ، [أو لم يقل : فاشهد عليّ] [(١٠)] فتمام هذا الضمان موقوف [على المضمون] [(١١)] له إن كان غير مولّى عليه ، أو على وليّه إن كان مولى عليه .

وليس للشاهد أن يجيز الضمان [(١٢)] على المولى عليه - بخلاف الحاكم - . لأن الشاهد لا ولاية له ، والله أعلم .

١- في د : على فلان ..

٢- في ب : لا يرجع عليه .

٣- سقط من : أ .

٤- في أ و د : صار ، وفي م : فإذا أجاز صار ..

٥- ليست في : د و م .

٦- الرشد والرشاد نقيض الغي والضلال ، فهو الصلاح وإصابة الخير والصواب والاستقامة . قال الشافعي رحمه الله : الرشد والله أعلم الصلاح في الدِّين .
الصحاح ٤٧١/١ ، اللسان ١٥٦/٤ ، المصباح المنير ٢٢٧، الأم ٢٢٠/٣ ، المختصر٢٠٣ تهذيب الأسماء مج ٣ /جـ١ ق١٢٢/٢ ، تصحيح التنبيه ٧٣ .

٧- في جـ : في غيره .

٨- الحاكم هنا : القاضي ، والحُكْم القضاء ، ويطلق الحاكم أيضاً على منفذ الحكم .
الصحاح ١٩٠١/٥ ، القاموس ١٤١٥ ، المصباح ١٤٥ .

٩- سقطت من : جـ .

١٠- سقط من : أ .

١١- سقطت من : أ ، وفي م : على الموقوف له .

١٢- في أ و د : أن يجبر الضامن المولى عليه .

١- مسألة : (الخلاف في انتقال الحق بالضمان إلى ذمة الضامن) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى : (وإذا ضمن رجل عن [١] رجل حقاً فللمضمون له أن يأخذ أيهما شاء) [٢] وهذا كما قال .

الضمان وثيقة في المال لا ينتقل من [٣] ذمة المضمون عنه إلا بالأداء ، وللمضمون له مطالبة كل واحد من الضامن والمضمون عنه حتى يقبض حقه من أحدهما - فيبرءان معا . [٤] .

١- في ب : على رجل .

٢- المختصر ٢٠٦ ، الأم ٢٣٤/٣ .

٣- في ب : في ذمة المضمون عنه .

٤- اختلف الفقهاء فيما يترتب على عقد الضمان .

فعند الشافعية والحنفية والحنابلة لا ينتقل المال المضمون من ذمة المضمون عنه بمجرد الضمان ، فللمضمون له مطالبة من شاء من المضمون عنه (الأصيل) أو الضامن .

وفي رواية عن الإمام أحمد أن المضمون عنه إن كان ميتا فقد برىء بمجرد الضمان .

أما المالكية فعندهم خلاف : والمشهور عن مالك كقول الجمهور ، ونقل عنه أنه رجع عن ذلك فمنع المضمون له من مطالبة الضامن إلا إذا أعسر المضمون عنه - وذكر المصنف ص ٢٥٦ أن هذا رأى أبي ثور .

وقال ابن أبي ليلى وأبو ثور وداود بن عليّ : ينتقل المال بمجرد الضمان من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن ، فلا يطالب المضمون عنه بعد ذلك كالمحيل .

وعكس زفر - وهو من الحنفية - فقال : في الضمان كقول الجمهور فلا ينتقل به المضمون إلى ذمة الضامن .

ثم جعل الحوالة مثله لا يبرأ بها المحيل لأن الحوالة للاستيثاق فيبقى الدين على المحيل مثل الكفالة .

ورأيه في الحوالة مخالف لرأي جماهير العلماء - بل حُكي الإجماع على براءة المحيل إذا رضى المحال بالحوالة كما سبق ص ٢٠٣ .

وقال الإمام الطبري : يخيَّر المضمون له في مطالبة من شاء بجميع حقه فإن اختار أحدهما برىء الآخر ولم يكن للمضمون له مطالبته بشيء .

انظر : الأم ٢٣٤/٣ ، المختصر ٢٠٦ ، المهذب ٣٤١/١ ، التنبيه ٧٥ ، حلية العلماء ٥٨/٥ ، فتح العزيز ٣٨٥/١٠ ، الروضة ٢٦٤/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢ .

والمبسوط ٢٩/٢٠ ، بدائع الصنائع ٣٤٢٣/٧ ، الاختيار ١٦٩/٢ ، الهداية ٩٩/٣ ، تبيين الحقائق ١٥٣/٤ ، فتح القدير ومعه العناية ١٨٢/٧ ، مجمع الأنهر ١٣٢/٢ .

والمغني ٣٩٩/٤ ، الكافي ٢٢٧/٢ ، المقنع ١١٢/٢ ، الشرح الكبير ٣٤/٣ ، الإنصاف ١٩٠/٥ ، التنقيح ١٩٦ العدة ٢٤٥ ، كشاف القناع ٣٥٦/٣ ، شرح المنتهى ٢٤٦/٢ ..

وبداية المجتهد ٢٩٦/٢ ، الكافي في فقه أهل المدينة ٧٩٤/٢ ، قوانين الأحكام ٣٥٤ ، الخرشي ٢٨/٦ ، مواهب الجليل ١٠٥/٥ ، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي ٣٣٨/٣ .

والمحلى ٣٩٦/٦ ، ٣٣٩ .

واختلاف الفقهاء للطبري ٢٠١ ، الإشراف لابن المنذر ١١٩/١ .

P ١١٨

وقال ابن أبي ليلى [١] وداود : [٢] قد انتقل الحق بالضمان من ذمة / ١١٨ أ المضمون عنه إلى ذمة الضامن - كالحوالة .

وقال زفر [٣] بن الهذيل : الحوالة كالضمان - لا ينتقل بهما [٤] الحق [٥] .

واستدل ابن أبي ليلى ومن تابعه على أن الحق ينتقل بالضمان كالحوالة :

بقوله صلى الله عليه وسلم - : «والزعيم غارم» [٦]

فلما خصّه بالغرم اقتضى أن يكون المضمون عنه بريئاً من الغرم .

وبأن عليّ بن أبي طالب - رضى الله عنه [٧] - لما ضمن دين الميت صلى عليه النبى - صلى الله عليه وسلم - ثم قال لعليّ «جزاك الله عن الإسلام خيراً ، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك » . [٨]

فكان فى هذا الخبر دليلان [٩] على [١٠] براءة المضمون عنه بالضمان :

١- الأم ٢٣٥/٣ ، ١٢٤/٧ ، اختلاف الفقهاء ١٩٨ ، بداية المجتهد ٢٩٦/٢ ، المحلى ٤٠٠/٦ . المغني ٣٩٩/٤ .

٢- المحلى ٣٩٦/٦ ، ٤٠٠ .

٣- زفر - بضم الزاى وفتح الفاء بعدها راء - بن الهذيل بن قيس العنبري ، البصري ، ولد سنة عشر ومائة ١١٠ هـ ، من أصحاب أبي حنيفة ، تولي القضاء بالبصرة ، وكان ثقة مأمونا ، جمع بين العلم والعبادة ، توفى بالبصرة سنة ثمان وخمسين ومائة للهجرة (١٥٨هـ) رحمه الله تعالى .
الطبقات السنية ٢٥٤/٣ ، تاج التراجم ٢٨ ، البداية والنهاية ١٢٩/١٠ ، تهذيب الأسماء ١٩٧/١ ، شذرات الذهب ٢٤٣/١ .

٤- فى أ و م : بها .

٥- رأي زفر فى : بدائع الصنائع ٣٤٣٩/٧ ، الهداية ١١٠/٣ ، تبيين الحقائق ١٧١/٤ ، الاختيار ٤/٣ ، فتح القدير ٢٤١/٧ .

٦- سبق تخريجه ص ٢٣٥.

٧- فى أ : عليه السلام .

٨- سبق تخريجه ص ٢٣٨ .

٩- فى ب ، د:دليلاً ... ثم فى د : زيادة [من وجهين] .

١٠- فى ب و جـ : على أن براءة .

أحدهما : أنه - صلى الله عليه وسلم - بعد أن امتنع من الصلاة عليه صلى عليه فدلّ على براءة ذمته ، ولو كان الدين باقياً لكان الامتناع قائماً (١) .

والثاني : قوله : «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» .

فلما أخبر بفك رهانه دل على براءة ذمته .

ولأنه لما استحال أن يكون الجسم الواحد في [محلين] (٢) استحال أن يكون الدين الواحد ثابتاً في ذمتين . (٣)

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه :

قوله - صلى الله عليه وسلم : «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» (٤)

فدلّ على أنه لا يبرأ بالضمان حتى يقضى.

ولأن أبا قتادة [حثّه النبي - صلى الله عليه وسلم - على قضاء ما ضمنه ، فلما قضاه قال له] (٥) : « الآن بردت عليه جلده» . (٦)

فدل على أن الميت لم تبرأ ذمته (٧) إلا بالقضاء .

فإن قيل : فقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - لأبي قتادة حين ضمن دين الميت/عنه : ١١٨ ب

«عليك حق الغريم ، وبرىء الميت منه» . (٨)

قيل : إنما أراد برىء من رجوعك عليه ؛ لأن ضمانه كان بغير أمره . (٩) .

١- في د : باقيا .

٢- سقطت من : د ، وفي أ و م : في مجلسين ، وفي ب : في مجلس .

٣- انظر المحلى ٤٠٠/٦ ، المبسوط ٢٩/٢٠ .

٤- سبق تخريجه ص ٢٤٣ .

٥- سقط من : د .

٦- في أ : بردت جلده ، وفي د : بردت عليه جسده .
وقد سبق تخريجه ص ٢٣٧ .

٧- في ب و د و م : لم يبرأ منه . .

٨- انظر : المحلى ٤٠٢/٦ ، المبسوط ٢٩/٢٠ ، المغني ٣٩٩/٤ .

٩- ستأتي هذه المسألة ص ٢٥٧ .

ولأن اسم الحوالة والضمان مشتقان [١] من معناهما :

فالحوالة مشتقة من تحوّل الحق . [٢]

والضمان مشتق من ضم ذمة إلى ذمة ، [وقيل من تضمين ذمة إلى ذمة] [٣] [٤]

فاقتضى أن يكون اختلاف أسمائهما [المشتقة] [٥] من اختلاف معانيهما موجباً لاختلاف أحكامهما .

ولأن الضمان وثيقة فى الحق فلم يجزأن ينتقل به الحق - كالرهن .

فأما الجواب عن قوله : «الزعيم غارم » [٦] فهو : أنه لا يمتنع [٧] أن يكون غيره غارما .

وأما صلاته - صلى الله عليه وسلم - على الميت بعد امتناعه منها : فلأنه بالضمان صار كمن ترك وفاء ، فلذلك صلى عليه .

وأما قوله - صلى الله عليه وسلم : «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» : [٨] :

فمعني : «فك رهانك [٩] » فيما كان مانعاً من الصلاة عليه .

١- في ب و د : مشتق .

٢- كما سبق ص ١٨٩ ، ٢١٠ .

٣- سقط من : م ،

٤- الضمان فى اللغة مشتق من (ضمن) لأن النون فيه أصلية ، ومن معانيه جعل الشىء فى الشىء وكل شىء جعلته فى وعاء فقد ضمنته إياه .

أما عند الفقهاء فإن بعضهم يصرّح بأنه ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة ، كالحنفية وبعض الحنابلة .

وبعضهم يعبر عنه بالالتزام ونحوه - كما سبق ص ٢٣٠ .

وانظر : الصحاح ٢١١٥/٦ ، اللسان ١٢٦/١٧ ، المصباح المنير ٣٦٤ ، النظم المستعذب ٣٣٩/١ والهداية ٩٦/٣ ، مختصر خليل ١٩٣ ، مغنى المحتاج ١٩٨/٢ ، الكافى لابن قدامة ٢٢٧/٢ .

٥- سقط من : م .

٦- سبق تخريجه ص ٢٣٥ .

٧- في ب : لا يمنع من أن يكون ...

٨- سبق تخريجه ص ٢٣٨ .

٩- الأولى أن يقال : (فمعنى : «كما فككت رهان أخيك» ..) .

وأما ادعاؤهم استحالة ثبوت الدين فى ذمتين فغلط ؛ [١]

لأن معنى ثبوت الدين فى الذمة إنما هو : استحقاق المطالبة به ؛ وليس يمتنع أن يكون الحق الواحد يستحق المطالبة به لشخصين ، ألا ترى أن من غصب شيئاً ثم غصبه منه غاصب آخر واستهلكه كان للمالك مطالبة كل واحد منهما به ، ولم يكن ذلك مستحيلا - كذلك في الضمان [٢] .

أ- فصل : [٣] (**ما يترتب على الخلاف فى انتقال الحق بالضمان**) :

فإذا ثبت أن الضمان لا ينقل الحق فالمضمون له بالخيار في مطالبة أيهما شاء . [٤]

وقال أبو ثور : لا تجوز مطالبة الضامن بالحق إلا بعد/عجز المضمون عنه . [٥] P ١١٩

وقد جعله ابن أبي هريرة قولاً محتملاً ، وخرّجه لنفسه [٦] وجها . [٧]

وقال محمد بن جرير الطبرى [٨] : له الخيار فى أن يبتدى بمطالبة أيهما شاء ، فإذا طالب أحدهما لم تكن له مطالبة الآخر بشيء . [٩]

١- انظر المحلى ٦/ ٤٠٠ . ٤٠١ .

٢- وأيضا فإن إشغاله لذمتين إنما هو على سبيل التعلق والاستيثاق كتعلق دين الرهن بالمرهون وبذمة الراهن . شرح المنتهى ٢/ ٢٤٦ .

٣- فى د : مسألة .

٤- انظر ما سبق ص ٢٥٢ .

٥- المشهور عن أبي ثور أن الضمان كالحوالة فالمال ينتقل بالضمان من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فلا يطالب المضمون عنه بعد ذلك - كقول ابن أبى ليلى .

وما ذكره المصنف هنا منسوب إلى الإمام مالك . وقد سبق ص ٢٥٢ .

وانظر رأي أبي ثور فى :

الإشراف لابن المنذر ١/ ١١٩ ، اختلاف الفقهاء ١٩٨ ، المحلى ٦/ ٤٠٠ ، المبسوط ٢٠/ ٢٩ المغنى ٤/ ٤٠٠ ، بداية المجتهد ٢/ ٢٩٦ ، فقه الإمام أبي ثور ٦٢٥ .

٦- في ج : على نفسه .

٧- حلية العلماء ٥/ ٥٩ .

٨- أبو جعفر : محمد بن جرير بن يزيد الطبري ثم البغدادي ، إمام جليل في التفسير والفقه والتاريخ وغيرها ، كان شافعي المذهب ثم بلغ درجة الاجتهاد وتفرد بمسائل ، نقل عنه مما يدل على سعة علمه وتفانيه في ذلك الشيء العجيب ، كان حسن الصوت بالقرآن الكريم ، صنف : الجامع فى التفسير ، وتاريخ الأمم والملوك واختلاف الفقهاء وتهذيب الآثار وغير ذلك ، ومصنفاته مشهورة ، توفي سنة عشر وثلاثمائة (٣١٠ هـ) - رحمه الله تعالى .

تأريخ بغداد ٢/ ١٦٢ ، طبقات الشافعية للسبكي ٣/ ١٢٠ ، تذكرة الحفاظ ٢/ ٦١٠ .

تهذيب الأسماء ١/ ٧٨ ، المنتظم ٦/ ١٧٠ ، وفيات الأعيان ٣/ ٣٣٢ .

٩- اختلاف الفقهاء ١٩٦ ، ٢٠٠ ، ٢٠١ .

وهذا خطأ ؛ لأن ثبوت الحق في ذمة كل واحد منهما على ما وصفنا [١] يوجب مطالبة كل واحد منهما ، ويمنع من إيقاع الحجر عليه في مطالبته . [٢]

[فإذا ثبت أنه بالخيار في مطالبة] [٣] أيهما شاء فحجر عليهما بالفلس - أعنى الضامن والمضمون عنه - وأراد الحاكم بيع أموالهما فى دينهما فقال الضامن : أبدأوا [٤] ببيع مال المضمون عنه ، فإن وفى [٥] بدينه برئت من ضمانه ، وإن عجز بيع من مالي بقدره .

وقال المضمون له : أريد أن أبيع مال أيكما شئت بديني :

قال الشافعي - في رواية حرملة [٦] - : إن كان الضامن ضمن بأمر المضمون عنه فالقول قوله ، وإن ضمن بغير أمره فالخيار إلى المضمون له فى بيع مال أيهما شاء . [٧]

٢- مسألة : (**حكم رجوع الضامن على المضمون عنه بالتفصيل**) :

قال الشافعى - رحمه الله تعالى - : (فإن ضمن بأمره وغرم رجع بذلك عليه ، وإن تطوع بالضمان لم يرجع) [٨] وهذا صحيح .

وجملته أن من ضمن مالاً عن غيره ، وأداه عنه لم يخل حاله فيه من أربعة أقسام :

أحدها : أن يضمن عنه بغير أمره ، ويؤديه بغير أمره .

والثانى : أن يكون الضمان بأمره ، والأداء بأمره .

والثالث : أن يضمن بغير أمره ، ويؤديه بأمره .

والرابع :/ أن يضمن عنه بأمره ، ويؤديه بغير أمره . [٩] ١١٩ ب

١- ص ٢٥٤ وما بعدها .

٢- في م : وتمنع من إيقاع الحجر عليه مطالبته .

٣- سقط من : د .

٤- فى أ و د : ابدأ ، وفى م: أبرأ .

٥- فى د : فإن وفيت .

٦- أبو حفص حرملة بن يحى بن عبد الله التجيبي المصري ، ولد سنة ست وستين ومائة ١٦٦ هـ ، من أصحاب الإمام الشافعى وكبار رواة مذهبه الجديد ، كان حافظاً مشهوراً ، صنف المبسوط والمختصر ، توفي بمصر سنة تسع عشرة ومائتين ٢١٩ هـ ، وفى بعض المصادر أنه توفى سنة ثلاث وأربعين ومائتين ٢٤٣ هـ - رحمه الله تعالى .
طبقات الشافعية للسبكى ٢٥٧/١ ، طبقات الشافعية لابن قاضى شهبة ٦٠/١ ، تذكرة الحفاظ ٤٨٦/٢ تهذيب التهذيب ٢٢٩/٢ ، تهذيب الأسماء ١٥٦/١

٧- نُقل هذا فى : مغني المحتاج ٢٠٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٨/٤ ، تحفة المحتاج ٢٧١/٥ ، أسنى المطالب ٢٤٦/٢ .

٨- المختصر ٢٠٦ .

٩- المهذب ٣٤٢/١ ، التنبيه ٧٥ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ٣٥٧/٢ ، حلية العلماء ٦٢/٥ ، فتح العزيز ٣٨٩/١٠ ، روضة الطالبين ٢٦٦/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦١/٤ .

فأما القسم الأول – وهو أن يضمن عنه بغير أمره ، ويؤدي [بغير] [١] أمره – فلا رجوع له بما أدى بحال [٢] . [٣]

وقال مالك : إن قصد به خلاص المضمون عنه – لمودّة بينهما – أو صرّح بالرجوع عند الأداء رجع عليه . [٤]

١- سقطت من : ب و جـ .

٢- في د : محال ، وفي جـ : فالرجوع له بما أدى محال .

٣- إذا ضمن عن شخص بغير إذنه وأدى بغير إذنه فليس له حق الرجوع عند الشافعية والحنفية .
لأنه متبرع ، وبدليل حديث علي وأبي قتادة فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمته مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون له ولم يصلّ عليه النبى صلى الله عليه وسلم .
أما المالكية فيسمحون له بالرجوع ولو ضمن بغير إذنه إذا ثبت أنه دفع المال المضمون قالوا : فكلما ثبت الوفاء ثبت الرجوع – إلا أنهم قالوا : لا يرجع إذا ضمن عن الميت المفلس ثم طرأ له مال .
أما الحنابلة فإذا ضمن بغير إذنه وأدى بغير إذنه وكان معتقداً للرجوع ففيه روايتان والمذهب أنه يرجع .
وقال الظاهرية لا رجوع للضامن بما أدى مطلقاً حتى لو ضمن بإذن المضمون عنه إلا إذا قال : اضمن عنّي فإذا أديت عنّي فهو دين لك علّي ، ووافقهم من قال إن الحق ينتقل بالضمان من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن .
انظر : المختصر ٢٠٦ ، المهذب ٣٤٢/١ ، التنبيه ٧٥ ، حلية العلماء ٦٢/٥ ، فتح العزيز ٣٨٩/١٠ ، الروضة ٢٦٦/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٣/٤ .
وبدائع الصنائع ٣٤٣٠/٧ ، الاختيار ١٦٩/٢ ، مختصر الطحاوى ١٠٤ ، الهداية ١٠٠/٣ ، تبيين الحقائق ١٥٥/٤ ، فتح القدير ومعه العناية ١٨٨/٧ .
والمدونة ٢٥٥/٥ ، بداية المجتهد ٢٩٨/٢ ، قوانين الأحكام ٣٥٤ ، مواهب الجليل ١٠٣/٥ ، الكافى ٧٩٥/٢ ، الخرشى ٢٣/٦ ، ٢٦ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣٣١/٣ ، ٣٣٥ ، جواهر الإكليل ١٠٩/٢ ، ١١١ .
والمغني ٤١١/٤ ، الكافى ٢٣١/٢ ، الشرح الكبير ٤٣/٣ ، الإنصاف ٢٠٤/٥ ، كشاف القناع ٣٥٩/٣ ، شرح المنتهى ٢٥٠/٢ .
والمحلى ٤٠٣/٦ .

٤- الذي وجدته من مذهب المالكية أن الضامن يرجع على المضمون عنه بما أدى إذا ثبت الدفع بدون تفصيل إلا من ضمن دين ميت مفلس ثم طرأ له مال ، فلا يرجع – كما سبق – وقد سبقت مصادر المالكية قريبا .

وهذا خطأ .

لأن عليا وأبا قتادة - رضى الله عنهما - لو استحقا الرجوع بما ضمنا لما كان فى ضمانهما فك لرهان الميت .[١]

ولأنه متطوع بالضمان والأداء ؛ فصار كمن أنفق على رقيق [٢] غيره ، أو علف بهائمه - لم يرجع بما أنفق ؛ لتطوعه .

وأما القسم الثانى - وهو أن يضمن عنه بأمره ، ويؤدى عنه بأمره - فله الرجوع لا يختلف .

لأن الأمر به فى الحالين يخرجه عن حكم التطوع .

وأما القسم الثالث - وهو أن يضمن عنه بغير أمره ، ويؤديه بأمره - فله فى الأمر بالأداء ثلاثة أحوال :

حال يقول : أدّما ضمنته - من غير أن يقول : أدّعنّي - فهذا لا رجوع للضامن به - لا يختلف لأن هذا أمر بما كان لازماً له [٣] بالضمان الذى تطوّع به .

والحال الثانية : أن يقول : أدّعنّي ما ضمنته ، لترجع [٤] به عليّ - فله الرجوع بذلك - لا يختلف - .

لأنه قد شرط له الرجوع فى أمره بالأداء .[٥]

والحال الثالثة : أن يقول : أدّعنّي ما ضمنته ، ففي رجوعه وجهان [٦] :

أحدهما : يرجع به ؛ لأنه أمره بالغرم عنه .

١- سبق تخريج الحديثين ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

٢- في ب و د و م : على رقبة غيره .

٣- فى أ : كان لاتصاله بالضمان .

٤- فى د : لم يرجع ..

٥- مصادر الشافعية السابقة .

٦- المهذب ٣٤٢/١ ، الوجيز ١٨٥/١، أدب القضاء ٣٥٧/٢ ، حلية العلماء ٦١/٥ ، فتح العزيز ٣٨٩/١٠ ، روضة الطالبين ٢٤٠/٤ ، ٢٦٦ ، مغني المحتاج ٢١٠/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٣/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٨/٢ .

وفى الروضة ٢٦٦/٤ (الثالث : يضمن بغير إذن ، ويؤدي بالإذن فلا رجوع على الأصح ، فلو أذن فى الأداء بشرط الرجوع ففيه احتمالان للإمام : أحدهما : يرجع كما لو أذن فى الأداء بهذا الشرط من غير ضمان ، والثانى : لا لأن الأداء مستحق بالضمان ... قال (النووي) : الاحتمال الأول أصح) .

م ١٢٠

والثانى : لا يرجع [به] [١] ؛ لأن هذا الأمر يحتمل أن يراد به التطوع ، /ويحتمل [٢] ؛ أن يراد به الرجوع .

وأما القسم الرابع - وهو أن يضمن عنه بأمره ويؤديه بغير أمره - فهذا يُنظر :

فإن أداه بعد المطالبة له ، والتشديد عليه ، ومحاكمته : فله الرجوع بما أدى ؛ لأنه مستحق عليه بالضمان المأمور به .

وإن أداه قبل المطالبة به ففي رجوعه به وجهان : [٣]

أحدهما : لا رجوع له به ؛ لأنه يصير قبل المطالبة متطوعاً بالأداء .

والوجه الثانى - وهو الصحيح - وبه قال أبو عليّ بن أبي هريرة وأكثر أصحابنا :له الرجوع به . لأن الأداء مستحق بالضمان المأمور به ، فصار مؤديا ما وجب بالأمر .

وهكذا حال الوكيل فى الشراء :

إن أذن له الموكل فى وزن [٤] الثمن عنه كان له الرجوع به ، وإن نهاه عن وزن الثمن [عنه] [٥] لم يكن له الرجوع به .

١- ليست فى : أ .

٢- في د : فيحتمل .

٣- الوجيز ١٨٦/١ ، المهذب ٣٤٢/١ ، حلية العلماء ٦١/٥ ، أدب القضاء ٣٥٨/٢ ، روضة الطالبين ٢٦٦/٤ مغني المحتاج ٢٠٩/٢ ، أسنى المطالب ٢٤٨/٢ ، وفى حلية العلماء والروضة أن فيه ثلاثة أوجه .

وهنا مسألتان : إحداهما رجوع الضامن إذا ضمن بالإذن وأدى بغير إذن وكان أداؤه قبل أن يطالب - وهى التى ذكرها المصنف هنا .

والثانية هي حق الضامن في مطالبة المضمون عنه بالأداء قبل أن يطالب ، وستأتى ص ٢٧٦، قال النووي فى المنهاج والروضة : إنه لا يطالبه قبل أن يطالب على الأصح . الروضة ٦٦٥/٤ ، ٤٦٦ مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ . أما رجوعه لو أدى بغير إذن وكان ضمن بالإذن ففيه أوجه الأصح المنصوص يرجع ، والثانى : لا ، والثالث : إن أدى من غير مطالبة-أو بمطالبة وأمكنه استئذان الأصيل-لم يرجع وإلا فيرجع .

انظر : فتح العزيز ٣٩٠/١٠ ، الروضة ٢٦٦/٤ .

٤- فى جـ : في قدر الثمن فيه كان ..

٥- ليست فى : أ .

وإن لم يأذن له في وزنه [١] ولم ينهه عنه :

فإن وزنه بعد المحاكمة والمطالبة فله الرجوع به .

وإن وزنه قبل المطالبة ففي الرجوع به وجهان . [٢]

أ- فصل : (**كيفية رجوع الضامن على المضمون عنه بالتفصيل**) :

فإذا ثبت ما وصفنا ، واستحق الضامن الرجوع على ما بيّنا - فله فيما أداه [٣] حالان :

أحدهما : أن يؤدي من جنس ما ضمن .

[والثاني : أن يؤدي من غير جنس ما ضمن] . [٤]

فإن كان ما أداه من غير جنس ما ضمن - مثاله أن يضمن عنه ألف درهم ، فيعطي بالألف [عبداً - فله أن يرجع بأقل الأمرين من قيمة العبد أو من الألف] : [٥]

فإن كانت قيمة العبد أقل/ رجع بها ؛ لأنه لم يغرم غيرها . ١٢٠ ب

وإن كانت قيمة العبد أكثر رجع بالألف ؛ لأنه متطوع بالزيادة . [٦]

وإن كان ما أداه من جنس ما ضمنه فله فيه أربعة أحوال :

حال يؤديه على مثل صفته ، وقدره .

وحال يؤديه على مثل صفته ، ودون قدره .

وحال يؤديه على مثل قدره ، [ودون] [٧] صفته .

وحال يؤديه دون قدره ، ودون صفته .

١- وزن الثمن دفعه نقداً (يقال : وزن المعطى واتزن الآخذ ، كما يقال : نقد المعطي وانتقد الآخذ) . الصحاح ٢٢١٣/٦ ، اللسان ٣٣٩/١٧ ، المصباح المنير ٦٥٨ .

٢- انظر : المهذب ٣٥٣/١ ، روضة الطالبين ٣٢٧/٤ ، مغني المحتاج ٢٣١/٢ .

وفي الروضة (فالوكيل كالضامن ، والموكّل كالمضمون عنه ،والقول في اعتبار شرط الرجوع وفي أنه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم كما سبق في الضمان) - وانظر الوجهين السابقين قريبا .

٣- في جـ : فيما أراده .

٤- سقط من : جـ .

٥- سقط من : د .

٦- المهذب ٣٤٢/١ فتح العزيز ٣٩١/١٠ ، الروضة ٢٦٧/٤ ، مغنى المحتاج ٢١٠/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٢/٤ .

٧- سقطت من : د .

[فأما الحال الأولى - وهو أن يؤديه على مثل قدره وصفته] [١] - فمثاله :

أن يضمن عنه ألف درهم بيضا [٢]صحاحاً ، فيؤدي مثلها - [ألف درهم] [٣]بيضاً صحاحاً - فله أن يرجع بمثل ذلك .

وأما الحال الثانية - وهو أن يؤديه على مثل صفته ودون قدره - فمثاله : أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً ، فيؤدي عنه [٤]تسعمائة درهم بيضاً صحاحاً - فله أن يرجع بتسعمائة - وهو القدر الذي أداه .

لأن القدر الذي سومح به هو إبراء ، وليس للضامن أن يرجع بما أبرىء منه .

ثم ينظر في المائة التي سومح بها الضامن :

فإن كان قد أبرىء منها وحده [٥] كانت باقية على المضمون [عنه] [٦] ، يلزمه أداؤها إذا طولب بها .

وإن كان قد أبرىء منها الضامن والمضمون عنه برئا جميعا منها . [٧]

وأما الحال الثالثة - وهو أن يؤديه على مثل قدره ، ودون [صفته] [٨]- فمثاله : أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً ، فيؤدي عنها ألف درهم سوداً أو [٩]مكسّرة . [١٠]

١- سقط من : د .

٢- فى د : بياضا .

٣- سقط من : جـ .

٤- فى جـ : عنها .

٥- فى أ: وحدها .

٦- ليست فى : د .

٧- انظر : المختصر ٢٠٦ ، المهذب ٣٤١/١ ، الروضة ٢٦٤/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٩/٤ - وسيأتي حكم الإبراء مفصلا فى ص ٢٨٨ . . .

٨- سقطت من : د .

٩- في د : سوداً ومسكرة ، وفي م : سودا أو منكسرة .

١٠- انظر ما سبق ص ١٩٨- عن الدراهم الصحاح والمكسرة .

فمذهب الشافعي[١]: أن له أن يرجع **بمثل ما أدى** - سوداً أو مكسرة .

وقال/أبو العباس بن سريج : له أن يرجع **بمثل ما ضمن** - بألف درهم بيضاً صحاحاً - ؛ لأنه سامح الضامن بها فصار ذلك كهبة له [١].

وهذا خطأ .

لأنه لو وهب جميع المال بالإبراء لم يرجع بشيء ، فإذا سامح بدون الصفة فأولى أن لا [٢] يرجع به .

ولكن لو أن [٣] المضمون له قبض المال من الضامن من ثم وهبه له بعد قبضه :

فهل للضامن أن يرجع بذلك على المضمون عنه ، أم لا ؟ .

على قولين [٤] مخرّجين من اختلاف قولي الشافعي في الزوجة إذا وهبت الصداق [لزوجها بعد قبضه] [٥] ، ثم طلقها قبل الدخول - هل يرجع عليها [٦] بنصف الصداق الذي وهبته [له] [٧] ، أم لا ؟ .

١- قال النووي في المنهاج : (ولو أدى مكسراً عن صحاح ، أو صالح عن مائة بثوب قيمته خمسون فالأصح أنه لا يرجع إلا بما غرم) فتلخص أنه يرجع بأقل الأمرين ..
مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٢/٤ ، ٤٦٣ .
وانظر : فتح العزيز ٣٩١/١٠ ، ٣٩٢ ، الروضة ٢٦٧/٤ ، ٢٦٨ .

٢- في أ : فأولى أن يرجع به .

٣- فى د : ولكن لو أذن المضمون فى قبض المال من الضامن ثم وهب له ...

٤- في فتح العزيز ٣٩٤/١٠ ، روضة الطالبين ٢٦٩/٤ ، ٢٧٠ (أدى الضامن الدين ثم وهبه رب الدين له ففي رجوعه على الأصيل وجهان بناء على القولين فيما لو وهبت الصداق للزوج ثم طلقها قبل الدخول .
قال النووي : الأصح الرجوع والله أعلم) . وكذلك قال الشيرازى في المهذب ٣٤٢/١ : إنهما وجهان . وانظر: مغني المحتاج ٢١٠/٢ .

٥- سقط من : م .

٦- فى ب و ج : هل ترجع عليه ..

٧- سقطت : من : أ و ب و م .

على قولين.[١]

وأما الحال الرابعة - وهو أن يؤديه دون قدره ، ودون صفته [٢]- فمثاله أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً ، فيؤدي عنها تسعمائة [درهم] [٣] سوداً أو [٤] مكسرة .

فنقصان القدر لا يرجع به .[٥]

وأما نقصان الصفة : فعلى مذهب الشافعي يرجع بمثل الصفة التي أداها - سوداً [٤] أو مكسرة .

وعلى مذهب ابن سريج يرجع بها بيضاً صحاحاً .[٦]

ب- فصل [آخر] [٧] : **(إذا صالح الضامن المضمون عنه)** :

إذا ضمن عنه كرّ [٨] حنطة من سلم [٩] فأدى الضامن الكر الحنطة فله الرجوع على المضمون عنه بمثله .

فلو أن الضامن [١٠] صالح المضمون عنه عن الحنطة على مال أو عرض جاز - إذا تقابضا قبل الافتراق .

١- القولان في رجوع الزوج على الزوجة في هذه المسألة في :
الأم ٨١/٥ ، المختصر ٢٨٥ .
وانظر المهذب ٥٩/٢ ، التنبيه ١٠٨ ، الروضة ٣١٦/٧ ، مغنى المحتاج ٢٤٠/٣ .
فالقديم وأحد قولي الجديد والراجح عند البغوي أنه لا يرجع بشيء .
والثاني وهو الأظهر عند الجمهور : يرجع بنصف بدله . ذكر ذلك النووي في الروضة .

٢- فتنطبق على هذه الحالة أحكام الحالتين الثانية والثالثة .

٣- ليست في : د و م .

٤- في أ : سوداً مكسرة .

٥- في د : بها .

٦- لأن العبرة عند الشافعي بما أدى وعند ابن سريج بما ضمن - كما سبق في الحال الثالثة .

٧- ليست في : جـ و م .

٨- الكُرُّ : بضم الكاف والجمع أكرار : مكيال لأهل العراق يساوي ستين قفيزاً وتعدل اثني عشر وسقا .
لسان العرب ٤٥١/٦ ، المصباح المنير ٥٣٠ ، القاموس ٦٠٣ .

٩- في م : من مسلم .

١٠- في د : المصالح .

وإن لم يتقابضاه حتى تفرقا قبل القبض كان على وجهين مضياً فى البيوع [١].

١٢١ ب

ولو صالحه عن الكرّ/الحنطة على نصفه فى مثل تلك الصفة جاز وكانت حطيطة .

ولو صالحه [٢] على نصف كرّ [حنطة] [٣] إلى أجل جاز أيضا .

لأن حطّه وأجّله . [٤]

وله أن يرجع فى [الأجل] [٥] ، وليس له أن يرجع فى الحطيطة . [٦]

جـ - [فصل] [٧] : (إذا صالح الضامنُ المضمون له) :

ولو ضمن عنه كرّ حنطة [من سلم] [٨] ثم إن الضامن [٩] صالح [المسلم] [١٠] - المضمون له - على رأس ماله لم يجز . [١١]

١- هما فى الحاوي : كتاب البيوع - تحقيق الدكتور / محمد مفضل ١٥٠١/٣ .
وانظر : المهذب ٢٦٣/١ ، الفتح ٣٦٧/١٠ ، الروضة ٥١٥/٣ ، ٢٤٧/٤ ماسبق ص ١٦٨.
وقال النووي (ولا يجوز قبله على الأصح) .

٢- هنا تكرار فى : ب .

٣- سقطت من : أ و د .

٤- في ب و جـ : لأنه حنطة واحدة .

٥- سقطت من : أ .

٦- فى جـ : الحنطة .

٧- ليست فى : م .

٨- سقطت من : د ، وفي م : من مسلم .

٩- في د : المصالح .

١٠- سقطت من : د .

١١- فى هامش ب و د هذه الحاشية (قلت إذا لم يجز أن يصالح المسلم إليه المسلم على مال فكيف يجوز أن يصالح الضامن ؟) .
وهى تقرير لما ذكره المصنف .
وانظر : المهذب ٢٦٣/١ ، الفتح ٣٦٧/١٠ ، الروضة ٥١٤/٣ ، ٢٤٧/٤ .

ولوصالحه المضمون عنه جاز .

لأن الصلح على رأس المال إقالة [(١)] ، والضامن لا يملك الإقالة ، والمضمون عنه يملكها . [(٢)]

ثم يبطل الضمان لأن الحنطة المضمونة قد بطلت بالإقالة ، ورأس المال المستحق لم يتوجه إليه الضمان .

فهذا الكلام فيما يرجع به الضامن وما يتفرع عليه .

د - فصل [آخر] [(٣)] : **(إذا عجل المضمون عنه بدفع المضمون بأمره قبل أن يؤديه الضامن) :**

فأما إذا عجل المضمون عنه إلى الضامن ما ضمنه [عنه] [(٤)] بأمره قبل أن يؤديه الضامن :

فإن جعله فيما عجله وكيلا [(٥)] ليدفعه إلى المضمون له جاز ، وكان [(٦)] أميناً عليه - لا يضمنه بالتلف .

وإن دفعه إليه من ضمانه ففيه قولان [(٧)] - حكاهما ابن سريج :

أحدهما : يجوز - [كما يجوز] [(٨)] تعجيل الزكاة ، والدين المؤجل .

[والقول] [(٩)] [الثاني : لايجوز] [(١٠)] ؛ لأن الضامن لا يستحق على المضمون عنه [(١١)] شيئا قبل غرمه .

١- قِلته البيع بالكسر ، وأقلته : فسخته ، واستقاله : طلب إليه أن يقيله ، وأقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه ، ومنه الإقالة في البيع لأنها رفع العقد .
الصحاح ١٨٠٨/٥ ، القاموس المحيط ١٣٥٩ ، المصباح المنير ٥٢١ ، أنيس الفقهاء ٢١٢ .

٢- في د : وللمضمون له تملكها .

٣- ليست في : د .

٤- ليست في : أ .

٥- في ب و جـ و د و م : رسولاً ليدفعه .

٦- في د : ، وإن كان ..

٧- في المهذب ٣٤١/١ ، حلية العلماء ٦٠/٥ ، فتح العزيز ٣٨٦/١٠ ، روضة الطالبين ٢٦٥/٤ أنهما وجهان وفى الفتح والروضة : (ومداره على وجهين خرجهما ابن سريج رحمه الله فى أن مجرّد الضمان يوجب حقا للضامن على الأصيل ويثبت علقه بينهما ، أم لا ؟ ...
إن أثبتنا العلقة بينهما فنعم ، وإلا فلا ، وهو الأصح) .

٨- سقطت من : د .

٩- سقطت من : جـ .

١٠- سقط من : د .

١١ فى م : على المضمون له .

ولأنه دفع لا يبرأ به .

لكن يكون ما أخذه مضموناً عليه ؛ لأنه أخذه على أن يكون عوضاً من [١] حقه .

ولو كان المضمون عنه قد عجل للضامن بدلاً من الدراهم التي ضمنها [عنه] [٢] عبداً ، أو عرضا : لم يجز - على القولين معاً - [٣] .

لأن هذا معاوضة عما [٤] لم يجب ،/[وذلك] [٥] تعجيل .

P١٢٢

ثم يتفرع على ما ذكرنا من القولين في تعجيل القضاء :

أن يبرىء الضامنُ المضمون عنه من مال الضمان قبل أدائه عنه ؛ فيكون الإبراء مخرّجاً على هذين القولين :

إن قيل : بجواز تعجيل القضاء : صح الإبراء .

وإن قيل : إن تعجيل القضاء لا يجوز : لم يجز الإبراء [٦] . والله أعلم .

٣- مسألة : (**بعض أنواع الضمان الجائزة**) :

قال المزني : [٧] (وكذلك [كل] [٨] ضامن [٩] في دين ، وكفالة بدين ، وأجرة ، ومهر ، وضمان عهدة ، وأرش جرح ، وديه نفس) . [١٠]

١- في م : في حقه .

٢- سقطت من : جـ .

٣- انظر هامش ٧ السابق .

٤- في أ و م : على مالم يجب .

٥- سقطت من : د .

٦- المهذب ٣٤١/١ ، الفتح ٣٨٧/١٠ ، ٣٨٨ ، الروضة ٢٦٥/٤ .

٧- في جـ : قال الشافعي .

٨- سقطت من : د .

٩- هكذا في المختصر ، وفي النسخ الأخرى : كل ضمان .

١٠- المختصر ٢٠٦ .

قد ذكرنا [١] أن الأموال ضربان : أعيان ، وفى الذمم .

ومضى الكلام [١] في الأعيان ، وأن ضمانها على مذهب الشافعي لا يجوز .

وأما [ما] [٢] في الذمم فضربان : لازم ، وغير لازم .

فأما اللازم فضربان : مستقر ، وغير مستقر .

فأما المستقر فمثل : قيم المتلفات ، وأروش الجنايات ، وأثمان المقبوض من المبيعات - فضمان هذا كله جائز [٣] .

وأما غير المستقر فمثل : ثمن المبيع في مدة الخيار : فالمذهب جواز ضمانه ؛ للزومه . [٤]

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز ؛ لعدم [٥] استقراره . [٦]

فأما ثمن المبيع قبل القبض ، والأجرة قبل مضي المدة :

فالصحيح أنه فى حكم المستقر - وإن جاز أن يتعقبه الفسخ [٧] - فيصح [٨] ضمانه .

ومن أصحابنا من جعله كالمبيع في مدة الخيار [٩] .

فهذا حكم ما كان لازما .

١- ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

٢- سقطت من: ب و جـ و د .

٣- سبق مثل هذا التفصيل في الحوالة ص ١٩٨ . .

٤- في م : للزوجة .

٥- في د : بعد استقراره .

٦- المهذب ٣٤٠/١ ، التنبيه ٧٤ ، حلية العلماء ٥٤/٥ ، الفتح ٣٦٩/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٠/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٢/٢ ، نهاية المحتاج ٤٤١/٤ .

وذكر النووي في الروضة والمنهاج أن الأصح الصحة .

٧- في د : النسخ .

٨- فى أ و د و م : فصح .

٩- المهذب ٣٤٢/١ ، حلية العلماء ٦٥/٥ ، فتح العزيز ٣٦٥/١٠ ، ٣٦٩ ، روضة الطالبين ٢٤٦/٤ ، ٢٤٩ ، نهاية المحتاج ٤٣٩/٤ ، تحفة المحتاج ٢١٧/٥ ، أسنى المطالب ٢٣٩/٢ ، قال النووي في الروضة (.. فإن صححنا فذلك إذا ضمن بعد قبض الثمن ، فأما قبله فوجهان أصحهما المنع . لأنه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع ولا يوجد ذلك قبل القبض ..) .

فأما ما ليس بلازم فضربان :

أحدهما : ما ليس بلازم ؛ ولا يفضي إلى اللزوم - كمال الكتابة - فضمانه لا يصح [١] .

لأن لزوم الضمان فرع للزوم الدين المضمون . ١٢٢ب

١٢٢ ب
والضرب / الثاني : ما ليس بلازم ؛ ولكن قد يفضي إلى اللزوم في ثاني حال [٢] - كمال الجعالة - ففي جواز ضمانه وجهان [٣] :

أحدهما: لا يصح ضمانه ؛ لعدم لزومه في الحال .

والوجه الثاني : أن ضمانه صحيح ، لأنه قد يفضي إلى اللزوم في ثاني حال .

أ- فصل : (**شرح الجمل الواردة في مسألة المزني بالتفصيل**) :

فإذا تمهد ما وصفنا من هذا التفصيل [٤] ؛ فالتفريع محمول عليه .

وقد ذكر المزني سبعة أشياء فقال :

([كل] [٥] ضامن [٦] فى دين) : يعني ضمان الديون المستقرة .

ثم قال : (وكفالة بدين) [٧] : يعني أن الضامن لدين مستقر يجوز ضمان ذلك عنه .

ثم قال : (وأجرة ومهر) يعني أجور المستأجرات ومهور الزوجات :

فإن كان ذلك بعد مضيّ [٨] مدة الإجارة ، والدخول بالزوجة : جاز ضمانه ؛ لاستقراره .

وإن كان قبل مضي [٨] المدة ، والدخول بالزوجة : كان ذلك كثمن المبيع إذا لم يقبض [٩] - لما يجوز أن يتعقبه من الفسخ - :

فمن أصحابنا من جعله كالمستقر - يجوز ضمانه .

ومنهم من جعله كغير المستقر - كالثمن في مدة الخيار على ما مضى . [٩]

١- فلو ضمن إنسان نجوم الكتابة عن المكاتب لم يصح لأن للمكاتب إسقاطها بالفسخ فلا معنى لأخذ الوثيقة بها . انظر : المهذب ٣٤٠/١ ، الروضة ٢٤٩/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٢/٢ .

٢- في د : ولكن يفضي في الحال .

٣- سبقت هذه المسألة ص ٢٣٣ .

٤- فى أ : من هذا الفصل ، وفي م : في هذا الفصل .

٥- سقطت من : د .

٦- فى أ : كل ضمان .

٧- فى أ : ببدن .

٨-فى ب و جـ و د و م : تقضّي .

٩- ومعنى ذلك أنه غير لازم - وانظر ما سبق ص ٢٦٨ .

ثم قال : (وضمان عهدة) : يعني ضمان الدَّرك [١] في المبيع - وهوردّ الثمن عند استحقاق [المبيع] [٢] .

وضمان هذا جائز - إلا ما حكى عن [٣] أبي العباس بن سريج أنه منع منه ؛ لأنه ضمان مالم يجب [٤] .

وهذا خطأ ؛ لأن الدار إن لم تستحق فلا ضمان ، وإن استحقت بان وجوب ردّ الثمن ، وصحة الضمان .

ولا يلزم ضامن الدرك شيء إلا إذا استحقت .

فأما إذا ردت بعيب ، أو تقايلا البيع فيها فلا شيء على ضامن الدرك .

فلو استحق نصفها وفسخ/المشتري البيع في النصف الباقي - لتبعيض الصفقة فيها [٥] - كان له أن يرجع بجميع الثمن على البائع ، ولم يكن له أن يرجع على ضامن الدرك إلا بنصفه - وهو ثمن المستحق ، دون المردود بالفسخ - [٦] .

١- الدَّرك : بفتح الدال ويجوز في الراء الفتح والسكون وهو التَّبعة ، سمي دركاً لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله .
الصحاح ١٥٨٢/٤ ، القاموس ١٢١٢ ، تصحيح التنبيه ٧٥ ، النظم المستعذب ٣٤٢/١ تهذيب الأسماء مج٣ ق١٠٤/٢، وقد عرفه المصنف اصطلاحاً ، وانظر مغني المحتاج ٢٠١/٢ .

٢- سقطت من : جـ .

٣- في د : عن ابن أبي هريرة وأبي العباس ..

٤- المهذب ٣٤٢/١ ، التنبيه ٧٥ ، حلية العلماء ٦٤/٥ ، الفتح ٣٦٥/١٠ ، روضة الطالبين ٢٤٦/٤ ، مغني المحتاج ٢٠١/٢ ، نهاية المحتاج ٤٣٩/٤ .
وفى الروضة : (وإن ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً ، فهذا ضمان العهدة ، ويسمي ضمان الدرك .
أما ضمان العهدة فقال في «التتمة» : إنما سمي به لالتزامه ما في عهدة البائع رده ، والدرك لالتزامه الغرم عند إدراك المستحق عين ماله .
وفى صحة هذا الضمان طريقان : أحدهما يصح قطعاً ، وأصحهما على قولين : أظهرهما الصحة للحاجة إليه ، والثاني : البطلان ، فإن صححنا فذلك بعد قبض الثمن .
فأما قبله فوجهان : أصحهما المنع ..) .

٥- فى أ : قبلها .

٦- المهذب ٣٤٢/١ ، الروضة ٢٤٨/٤ .

أ ١٢٣

فأما [١] إن ضمن مع العهدة قيمة ما يحدثه من بناء وغرس لم يجز ؛ لأن ذلك ضمان مالم يجب ، ولأنه مجهول القدر [٢] .

فأما إن ضمن له أرش ما يظهر عليه من عيب لم يجز ؛ للجهالة بقدره .

وفيه وجه آخر : أنه يصح [٣]- مخرّج من القديم [٤] في ضمان نفقة الزوجة .

[وهو غلط ؛ لأن نفقة الزوجة محدودة الأكثر ، بخلاف أرش العيب] [٥]؛ لأنه [غير] [٦]محدود الأكثر ، وليس [٧]ينتهى إلى جميع الثمن .

وإذا بطل الضمان فيما ذكرنا ، وكان مشروطاً فى عقد البيع ففي بطلان البيع وجهان -مخرّجان من اختلاف قوليه في بطلان البيع باشتراط الرهن الفاسد فيه . [٨]

١- فى جـ و د : فلما .

٢- الفتح ٣٦٨/١٠ ، الروضة ٢٤٩/٤ .

٣- المهذب ٣٤٢/١ ، حلية العلماء ٦٥/٥ ، الفتح ٣٦٦/١٠ ، ٣٦٨ ، روضة الطالبين ٢٤٧/٤ ، ٢٤٩ الفتاوى الكبرى الفقهية ٨٠/٣ وفيها (لو قال : ضمنت لك أرش ما يظهر من عيب فوجهان : أحدهما يصح - وهو قول ابن سريج .. ،.
وثانيهما لا يصح - وصححه الماوردي وجزم به الطبري - ولتأخر هذين عن ابن سريج واستدراكهما عليه كان ما قالاه أولى بالاعتماد) .

٤- ستأتى هذه المسألة ص ٢٧٣ .

٥- سقط من : ب و جـ و د .

٦- سقطت من : ب و جـ و د .

٧- فى ب : إذ ليس .

٨- فى الأم ١٦٥/٣ بعد أن ذكر الشافعى رحمه الله تعالى بعض أنواع الرهن الفاسد ومنها رهن المجهول قال : (.. وكان المرتهن بالخيار في فسخ الرهن والبيع وهذا فى أحد القولين ، والقول الثانى أن البيع .. مفسوخ بكل حال) .
وانظر المختصر ١٩٦ ، ١٩٨ ، المهذب ٣١٠/١ ، التنبيه ٧٥ ، حلية العلماء ٥٨/٥ ، الروضة ٤١٠/٣ وقال النووي : (قولان أظهرهما : يفسد كسائر الشروط الفاسدة ، والثانى : لا : كالصداق الفاسد لا يفسد النكاح) .

ثم قال المزني : (وأرش جرح ، ودية نفس) ؛ وضمان ذلك إن قدّر دراهم ودنانير جائز .

فأما الإبل ففي جواز ضمانها وجهان [١] - مخرّجان من اختلاف قوليه في جعل إبل الدية صداقاً [٢].

أحدهما : ضمانها باطل ؛ للجهالة بصفتها .

والوجه الثاني . أن ضمانها جائز .

لأن قبيصة [٣] قال : (يا رسول الله !

إني تحملت بحمالة [٤] فأعنّي) [٥] .

فلم ينكر تحمله لها ؛ فدل على صحة ضمانها .

ولأنها موصوفة الأسنان [٦] .

١- المهذب ٣٤٠/١ ، التنبيه ٧٤ ، الفتح ٣٧١/١٠ ، الروضة ٢٥١/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٣/٢ ، نهاية المحتاج ٤٤٤/٤ .
وصحح النووي فى المنهاج الصحة ، وقال في الروضة (وفى ضمان إبل الدية إذا لم يجوّز ضمان المجهول وجهان ، ويقال : قولان - أصحهما : الصحة .
وقيل : يصح قطعاً كما يصح الإبراء عنها) .

٢- الذي وجدته فى الأم ٦٤/٥ والمختصر ٢٨٠ : أن كل ما جاز أن يكون مبيعاً أو مستأجراً بثمن جاز أن يكون صداقاً ، ومالم يجز فيهما لم يجز في الصداق .

٣- هو الصحابي قبيصة بن المخارق بن عبد الله بن شداد العامري الهلالي البصري أبو بشر ، وفد على النبي صلى الله عليه وسلم فأسلم وروي عنه ستة أحاديث .
الإصابة ٢٢٢/٣ ، الاستيعاب ٢٥٤/٣ ، تهذيب الأسماء ٥٦/٢ .

٤- الحمالة : ما تتحمله عن القوم من الديه أو الغرامة .. قاله الجوهري فى الصحاح ١٧٦٨/٤ ، وانظر المصباح ١٥١ .

٥- رواه مسلم في صحيحه ٧٢٢/٢ ك : الزكاة ١٢ ب : من تحل له المسألة ٣٦ رقم ١٠٤٤/١٠٩ .
وفيه أن قبيصة قال : (تحملت حمالة فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أسأله فيها فقال : «أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها ، ثم قال : يا قبيصة : إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ... الحديث
ورواه أبو داود فى سننه ٢٩٠/٢ ك الزكاة ٣ ب : ما تجوز فيه المسألة ٢٦ رقم ١٦٤٠ .

٦- قد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم وصف لأسنان الإبل التي تدفع فى الدية فمثلاً دية الحرّ المسلم :
فى الخطأ عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون أو ابن مخاض ، وعشرون حقه ، وعشرون جذعه .
وأما العمد وشبه العمد ففيهما تحديد آخر ...
انظر : سنن أبي داود ٦٨٠/٤ ك الديات ٣٣ باب الدية كم هي ؟ ١٨ ، السنن الكبرى للبيهقي ٧٥/٨ الأم ١٢١/٦ .. ، المختصر ٣٥٠ ، المهذب ١٩٥/٢ ، روضة الطالبين ٢٥٥/٩ .

ب- فصل : (**ضمان مال السَبق والرمي**) :

فأما ضمان مال السبق [١] والرمي :

١٢٣ ب

فإن كان بعد استحقاقه جاز ، فأما قبل استحقاقه فقد اختلف قول الشافعي [٢] في عقد / السبق [٣] والرمي : هل يجري [مجرى] [٤] [عقد] [٥] الإجارة [٦] فيصح ضمانه ، أو [٧] يجري مجرى عقد الجعالة فيكون في صحة ضمانه وجهان [٨] ؟

جـ - فصل : (**ضمان نفقات الزوجات**) :

فأما ضمان نفقات الزوجات فضربان :

أحدهما : [ضمان] [٩] نفقة مدة ماضية ، فضمانها جائز إذا عرف قدرها .

لأن وجوب ما مضى مستقر .

والضرب الثاني : ضمان مدة آتية :

فإن أطلق المدة ولم يقدرها بزمان معلوم - بل قال : عليّ ضمان نفقتكِ على زوجك [١٠] أبداً ، أو : ما بقيتِ على الزوجية ، أو [ما] [١١] مكنتِ من نفسك - فهذا [ضمان] [١٢] باطل ؛ للجهالة به .

١- السَّبق : بفتح السّين والباء . ما يجعل للسابق على سبقه من جعل ونوال وجائزة (المال الموضوع بين أهل السباق) .
وأما السَّبْق بسكون الباء فهو مصدر سبقت الرجل أسبقه سبقاً أي : تقدّمته .
القاموس ١١٥٢ ، المصباح المنير ٢٦٥ ، تهذيب الأسماء ٣/مج٣ج١ق٢/١٤٥ ، مغني المحتاج ٣١١/٤ .

٢- انظر : الأم ٢٤٣/٤ ، المختصر ٣٩٥ ، المهذب ٤١٣/١ ، الروضة ٣٦١/١٠ ، مغني المحتاج ٣١٢/٤ قال النووي : قولان أظهرهما الأول . أي أنه لازم كالإجارة .

٣- في جـ : أو الرمي .

٤- سقطت من : د .

٥- سقطت من : أ .

٦- في د : عقد الأرش .

٧- في ب و جـ و د و م : والثاني أنه يجرى ..

٨- سبق الوجهان ص ٢٣٣ ، ٢٦٩، وانظر : المهذب ٣٤٠/١ ، ٤١٣ ، التنبيه ٨٦ ، حلية العلماء ٥٦/٥ الفتح ٣٦٩/١٠ ، الروضة ٢٥٠/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٢/٢ .

٩- سقطت من : أ و د .

١٠- في ب و م : على زوجتك .

١١- سقطت من : د .

١٢- سقطت من : أ .

وإن قدر المدة فضمن لها نفقة سنة فهذا على ضربين :

أحدهما : أن يضمن [لها] [١] نفقة معسر ، ففي صحة الضمان . قولان [٢] - من اختلاف قوليه في نفقة الزوجة - بماذا وجبت ؟ [٣]

فعلى قوله [٤] في القديم : أنها تجب بالعقد [٥] ، ويُستحق قبضها بالتمكين [٦] - فعلى هذا يصح ضمانها ؛ لأنه ضمان ما وجب .

وعلى قوله في الجديد : أنها تجب بالعقد والتمكين - فعلى هذا ضمانها باطل ؛ لأنه ضمان مالم يجب [٧] .

والضرب الثاني : أن يضمن لها نفقة موسر .

فضمان [نفقة] [٨] القدر الزائد على الإعسار [٩] باطل .

لأن بقاء [١٠] اليسار مجهول ، فصار ضمان مالم يجب .

١- ليست في : ب و جـ و د .

٢- في الفتح ٣٦٣/١٠ ، ٣٦٤ والروضة ٢٤٥/٤ (وفي ضمان نفقة الغد والشهر والمستقبل قولان بناء على أن النفقة تجب بالعقد أم بالتمكين ؟

إن قلنا بالأول - وهو القديم - صح ، وإن قلنا بالثاني وهو الجديد الأظهر فلا - هكذا نقله عامة الأصحاب ... فإن جوّزنا ضمان نفقة المستقبل فله شرطان : أحدهما : أن يقدر مدة ..

الشرط الثاني : أن يكون المضمون نفقة المعسر وإن كان المضمون عنه موسراً لأنه ربما أعسر ..) .

٣- الأم ٩٤/٥ ، ٩٦ ، المختصر ٣٣٧ ، ٣٣٨ .

وانظر : المهذب ١٥٩/٢ ، التنبيه ١٢٩ ، الروضة ٥٧/٩ .

وذكر النووي أن وجوبها بالتمكين هو الجديد الأظهر .

٤- في د : قوليه في القديم .

٥- في جـ : في العقد .

٦- في د : بالضمان .

٧- تكرر في ب من قوله : فعلى قوله في القديم .

٨- ليس في : أ .

٩- في أ و م : الزائد ليساره ، وفي ب و د : الزائد باليسار .

١٠- في : أ و جـ و د : لأن هذا اليسار .

فأما نفقة المعسر :

فعلى الجديد : ضمانها [باطل] [١].

وعلى القديم : على قولين - من تفريق الصفقة . [٢]

٤- مسألة : (**الحكم إذا طالب الضامنُ المضمونَ عنه بتخليصه من الضمان**) :

قال المزني : (فإن أخذ الضامن بالحق - وكان ضمانه بأمر الذي هو عليه - فله أخذه بخلاصه ، وإن كان بغير أمره لم يكن له أخذه - في قياس قوله) [٣] وهذا صحيح ./

ق ١٢٤

إذا ضمن رجل عن رجل مالاً وأراد الضامن أن يأخذ المضمون عنه بخلاصه من الضمان وفكاكه من المطالبة [نُظر] [٤] :

فإن كان قد ضمن عنه بغير أمره : فليس له مطالبة المضمون عنه بخلاصه .

لأنه تطوع بالضمان عنه ، فصار كالمتطوع بالغرم عنه .

وإن كان قد ضمن [عنه] [٥] بأمره نُظر :

فإن كان الضامن قد طولب بغرم ما ضمن كان له أن يأخذ المضمون عنه بفكاكه وخلاصه .

لأنه لما كان له أن يأخذه بالغرم إذا غرم كان له أن يأخذه بالخلاص إذا طولب . [٦]

١- سقطت من : د .

٢- مرّ القولان فى ضمان نفقة المعسر قبل قليل ، وهنا ضمن نفقة موسر فيبطل مازاد على الإعسار والباقى وهو نفقة المعسر يكون على قولين بسبب التفريق بين نفقة المعسر ومازاد عليها .
وقد مرّ القولان في تفريق الصفقة ص ٧٩ .

٣- المختصر ٢٠٦ .

٤- ليست فى : جـ .

٥- ليست فى : أ .

٦- المهذب ٣٤١/١ ، حلية العلماء ٥٩/٥ الفتح ٣٨٦/١٠ ، روضة الطالبين ٢٦٥/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٩/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٠/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٧/٢ ، حاشيتى قليوبي وعميرة ٣٣١/٢ .
قال النووي فى الروضة : (فإذا طالب المضمون له الضامن بالمال فله مطالبة الأصيل بتخليصه إن ضمن بإذنه ، وفى وجه شاذ : ليس له) .
والتخليص هنا : أن يؤدى المضمون عنه دين المضمون له ليبرأ ببراءته الضامن .
قاله الرافعي فى الفتح ٣٨٦/١٠ .

وإن كان الضامن لم يطالب بغرم ما ضمنه :

فهل للضامن أن يأخذ المضمون عنه . بخلاصه ، أم لا ؟

على وجهين [١] مخرجين من اختلاف القولين في : تعجيل القضاء قبل الغرم به [٢] .

فلو كان المضمون عنه [صغيراً] [٣] وكان الضامن قد ضمن عنه بأمر [٤] أبيه ثم طولب الضامن بالغرم :

فإن كان المضمون عنه على صغره - لم يبلغ - فله أن يأخذ الأب [٥] بخلاصه .

وإن كان قد بلغ فله أن يأخذ المضمون عنه بخلاصه - دون الأب .

ولو كان غير الأب قد أمره بالضمان عنه : فليس للضامن أن يأخذ [إلا من أمر] [٦] بخلاصه - سواء كان المضمون عنه على صغره، أو قد بلغ - لأنه أمره من لا ولاية له [٧] . [٨]

١- المصادر السابقة قريباً .
وصحح النووي في الروضة والمنهاج عدم حقه في المطالبة بتخليصه قبل أن يطالب .

٢- سبقت ص ٢٦٦ ، وتقدم أنهما وجهان وليسا قولين .

٣- سقطت من : د ، وفي م : صغير أو كان ..

٤- في ب و م : بإذن .

٥- في جـ : الآمر .

٦- سقط من : د ، وفي ب و جـ : أن يأخذ الآمر بخلاصه .

٧- في د : له عليه .

٨- هذا منقول في حاشية ابن قاسم العبادي على تحفه المحتاج ٢٧٤/٥ ، والمسألة لها علاقة بالحجر فإن ولاية الأب والجد على الصغير ليست كولاية الوصي والحاكم بل الأولى أقوى لأنهما لا يتهمان في حق الولد ولهما من التصرف ما ليس لسواهما .
انظر : المهذب ٣٢٩/١ ، الروضة ١٨٨/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٢ .

أ- فصل : (حُبس الضامنُ فطالب المضمون عنه بالأداء - قبل أن يغرم) :

إذا طولب الضامن بأداء ما ضمنه ، وحبس به ، فأراد الضامن أن يحبس المضمون عنه قبل أداء المال ، وكان ضمانه عنه بأمره ففيه وجهان [١] :

أحدهما : له ذلك ؛ لأن له مثل ما عليه .

والوجه الثاني : ليس له ذلك ؛ لأنه لم يستحق قبل الغرم مالاً يحبسه به .

ب- فصل : (صفة الأمر بالضمان - وما يترتب على ذلك) :

فأما صفة الأمر بالضمان فقد يكون على أحد وجهين [٢] :

إما أن يبتدىء المضمون عنه فيقول للضامن : اضمن عني لفلان كذا - فيكون هذا أمراً بالضمان .

وإما أن يبتدىء الضامن فيقول للمضمون عنه : أضمن عنك لفلان كذا ؟ فيقول : نعم - فيكون هذا أمراً بالضمان أيضا [٣] .

١- حلية العلماء ٦٠/٥ ، فتح العزيز ٣٨٧/١٠ ، الروضة ٢٦٥/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٠/٤ أسنى المطالب ٢٤٧/٢ .
وأشار النووي فى الروضة إلى أن الأصح أنه لا يستحق حبسه .
فاستشكل عدم جواز حبسه له وإن حبس الضامن بأنه لا فائدة فى المطالبة بخلاصه حينئذ لأنه لا يبالى بها .
وأجيب بأن فائدتها لا تنحصر فى ذلك بل من فوائدها - أي المطالبة - إحضاره مجلس الحكم وتفسيقه إذا امتنع ، بدليل أن للولد مطالبة والده بدينه وليس له حبسه .
وفى مغني المحتاج ٢٠٩/٢ (وصحح السبكي جواز الحبس لأن الأصيل لا يعطي شيئاً إذا علم أنه لا يحبس وحينئذ فلا يبقى لتجويز المطالبة فائدة) .

٢- فى أ : الوجهين .

٣- يشترط أكثر الحنفية فى الأمر بالضمان أن يشتمل كلام المضمون عنه على لفظة «عنّى» كأن يقول : اكفل عني أو اضمن عني لفلان ، فلو قال : اضمن الألف التى لفلان علىّ لم يرجع عليه عند الأداء لجواز أن يكون القصد ليرجع أو لطلب التبرع .
وقال الجمهور - أي المالكية والشافعية والحنابلة - لا يشترط ذلك فلو قال : اضمن عنّى أو أدّعنّي أو أطلق رجع عليه ما دام الضمان بأمره وأدى بأمره ، بل إن المالكية يسمحون له بالرجوع ولو ضمن بغير أمر - كما سبق ص ٢٥٨ .
وكذلك لو قال : أضمن عنك لفلان كذا ؟ فقال المضمون عنه : نعم أو أجل لأن هذه الألفاظ وضعت للتصديق .
انظر : بدائع الصنائع ٣٤٠٥/٧ ، فتح القدير - ومعه العناية - ١٨٨/٧ ، تبيين الحقائق ١٥٥/٤ ، الفتاوى الهندية ٢٦٦/٣ ، مجمع الأنهر ١٣٣/٢ ، رد المحتار ٢٧١/٤ والمدونة ٢٥٥/٥ ، بداية المجتهد ٢٩٨/٢ ، قوانين الأحكام ٣٥٤ ، الإشراف ٢١/٢ ، مواهب الجليل ١٠٣/٥ ، الخرشي ٢٦/٦ ، الكافى ٧٩٥/٢ .
والمهذب ٨١/٢ ، ٣٤٦ ، التنبيه ١١٢، ١٦٤ ، فتح العزيز ٣٨٠/١٠ ، الروضة ٢٦٠/٤ ، ٣٦٥ مغني المحتاج ٢٠٦/٢ ، ٢٤٣ .
والكافي ٥٧٤/٤ المغني ٤١٠/٤ ، الشرح الكبير ٤٢/٣ ، المبدع ٢٥٧/٤ ، الإنصاف ٢٠٤/٥ .

وقال أبو حنيفة [١] : لا يكون هذا أمراً بالضمان ، ويكون الأول أمراً به .

وكلا [٢] الأمرين عندي سواء ؛ بل الثاني أوكد .

جـ - فصل : (الضمان مقابل جعل للضامن) :

فلو أمره [بالضمان] [٣] عنه بجعل جعله له لم يجز ، وكان الجعل باطلا [٤] ، والضمان إن كان بشرط الجعل فاسد [٥] .

بخلاف ما قاله [٦] إسحاق [٧] بن راهوية [٨] .

لأن الجعل إنما يستحق في مقابلة [عمل] [٩] ؛ وليس الضمان عملاً [فلا] [١٠] يستحق به جعلا .

١- ووافقه محمد بن الحسن ، أما أبو يوسف فقوله كقول الجمهور .
انظر مصادر الحنفية السابقة .

٢- في ب : وعلى الأمرين .

٣- سقطت من : د .

٤- الفتح ٣٨٣/١٠ ، الروضة ٢٦٣/٤ ، وذكرا في بطلان الضمان ، وجهين ، وصحح النووي البطلان .

٥- في أ : والضمان إن كان شرطاً بجعل فاسد .

٦- في ب : أبو إسحاق بن راهوية .

٧- إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي ، أبو يعقوب المروزي ، كان فقيها محدثا ورعاً ، من أئمة الإسلام ، كان يحفظ سبعين ألف حديث ، جالس الإمام أحمد وروى عنه وناظر الإمام الشافعي ثم صار من أتباعه له مصنفات منها : التفسير والمسند ، توفي في نيسابور سنة ثمان وثلاثين ومائتين (٢٣٨ هـ) .
طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٨٣/٢ ، تذكرة الحفاظ ٤٣٣/٢ ، حلية الأولياء ٢٣٤/٩ ، طبقات الحفاظ ١٨٨ .

٨- قال ابن المنذر في الإشراف على مذاهب أهل العلم ١٢٠/١ ، ١٢١ (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز ... وقال إسحاق ما أعطاه من شيء فهو حسن) وانظر المبسوط ١١٦/١٥ .

٩- سقطت من : أ .

١٠- ليست في : أ .

٥- مسألة : (**تعدد الضمناء فى حق واحد**) :

قال المزني : (ولو ضمن عن الأول [١] بأمره [ضامن] [٢] ، ثم ضمن عن الضامن ضامن بأمره فجائز) [٣] وهذا صحيح .

إذا ضمن رجل مالاً عن رجل ، ثم ضمن عن الضامن ضامن آخر ما ضمنه [عن] [٤] الأول جاز ، وكان الضامن الأول فرعاً للمضمون عنه ، وأصلاً للضامن الثانى [٥] .

فإن قيل : أو ليس الضمان [٦] وثيقة كالرهن ؛ ثم لم يجز أخذ الرهن عن الرهن ، فهلاً منعتم من أخذ ضامن عن ضامن ؟ قيل الفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الرهن وثيقة ، وأخذ الرهن عن الوثيقة لا يجوز [٧] ، والضمان قد أوجب فى الذمة دينا ، وأخذ الضمان [عما] [٨] فى الذمم [٩] يجوز [١٠] . / ١٢٥ م

والثاني : أن الرهن عين [١١] ؛ [وأخذ الرهن فى الأعيان لا يجوز ، والمضمون دين فى الذمة] [١٢] ؛ وضمان ما فى الذمة يجوز [١٣] .

١- في د : عن الضامن .

٢- ليست فى النسخ وأثبتها من المختصر .

٣- المختصر ٢٠٦ .

٤- سقطت من : جـ .

٥- المهذب ٣٤١/١ ، فتح العزيز ٣٧٩/١٠ .. روضة الطالبين ٢٥٩/٤ ، ٢٦٤ ، ٢٦٨ ، تحفة المحتاج ٢٧٢/٥ .

٦- فى ب : الضامن .

٧- قد ذكر المصنف ص ٢٣١ ، ٣٠١ أن الضمان وثيقة أيضا - كالرهن .

٨- سقطت من : د .

٩- فى ب و م : و أخذ في الدين يجوز !

١٠- كما سبق تفصيله ص ٢٦٨ .

١١- فى د : عين واحدة .

١٢- سقط من : د .

١٣- يؤخذ الرهن فى الدين كدين السلم والقرض وثمن المبيع .. ولا يؤخذ على الأعيان كالمغصوب والمسروق والعارية .. انظر : المهذب ٣٠٥/١ ، الروضة ٥٣/٤ وفيها : وفى وجه ضعيف يجوز .

ويجوز أن يؤخذ من الضامن رهن بما ضمنه ؛ لأنه دين لازم ، فجاز أخذ الرهن به .

فأما الضامن إذا أراد أن يأخذ من المضمون عنه بما ضمنه رهنا :

فإن كان بعد [أداء الضامن الدين جاز"[١] .

لأنه قد أخذه على دين مستحق .

وإن كان قبل] [٢] أدائه لم يجز .

لأنه لم يستوجب حقا يأخذ عليه [٣] رهنا [٤] .

أ - فصل : (**المضمون عنه لا يضمن عن الضامن نفس الحق الذي عليه**) ..

إذا ضمن رجل مالاً عن رجل ، ثمن ضمنه عن الضامن ضامن آخر فأراد من عليه أصل المال أن يضمن عن الضامنين ما ضمناه عنه لم يجز [٥].

وكذا لو ضمن عن أحدهما - إما عن الأول ، أو عن الثاني - لم يجز .

[وإنما لم يجز] [٦] لأمرين :

أحدهما : أن الضمان إنما هو إثبات حق فى الذمة لم يكن ثابتا فى الذمة ، والحق ها هنا قد كان قبل الضمان ثابتاً فى الذمة .

والثاني : أن المضمون عنه أصل والضامن فرعه - فلم يجزأن يصير الأصل فرعاً لفرعه .

فأما إذا كان على رجل ألف ضمنها ضامن ، ثم ضمنها أيضاً ضامن آخر عمن عليه الأصل جاز ، وكان كل واحد منهما فرعاً لمن عليه الأصل ، وليس أحد الضامنين فرعاً لصاحبه [٧] .

١- فى أ : بعد أداء الضمان جاز .

٢- ما بين المعكوفتين ساقط من : د .

٣- فى أ : به .

٤- فى الفتح ٣٨٨/١ ، والروضة ٢٢٦/٤ : (ولو ضمن عن الأصيل ضامن للضامن ففي صحته الوجهان ، وكذا لو رهن الأصيل عند الضامن شيئاً بما ضمن .
والأصح فى الجميع : المنع) وعُلل المنع بأنه لم يثبت للضامن حق بمجرد الضمان .
وانظر : مغني المحتاج ٢٠٩/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٠/٤ .

٥- المهذب ٣٤١/١ .

٦- سقط من : أ .

٧- سبق ص ٢٧٩ ما إذا ضمن ضامن آخر عن الضامن الأول فيكون الثاني فرعاً للأول ، أما هنا فقد ضمنا عمن عليه أصل المال فليس أحدهما فرعاً لصاحبه .

فإن أراد من عليه الأصل أن يضمن عن أحد الضامنين ما ضمنه لم يجز ؛ لما ذكرنا [(١)] .

ولكن لو أراد أحد الضامنين [(٢)] أن يضمن عن الضامن الآخر ما ضمنه :

فمذهب الشافعي - وما عليه جمهور أصحابنا [(٣)] - : أن ضمانه عنه باطل [(٤)] .

لأنه ضامن لذلك عمن عليه الأصل ، فلم يكن فى ضمانه إياه عن الضامن فائدة./ ١٢٥ ب

وقال ابن سريج : يصح ضمانه - فيصير ضامنا للألف عمن عليه الأصل ، وعن الضامن أيضا - .

لأن الضامن قد صار ما ضمنه دينا فى ذمته ، وليس أحد الضامنين فرعاً لصاحبه ، فجاز لكل واحد من الضامنين أن يضمن عن [صاحبه ما ضمنه معه .

ثم إذا أداه كان بالخيار بين أن يرجع به على من عليه الأصل ، أو يرجع به على] [(٥)] الضامن .

وهذا خطأ ؛ لما ذكرنا من [(٦)] عدم الفائدة فيه .

وليس له إذا أداه أن يرجع به إلا على من عليه الأصل [(٧)] .

٦- مسألة : (**كيفية براءة الضمناء إذا تعددوا**) :

قال المزني : (فإن قبض الطالب حقه من الذي عليه أصل المال ، أو أحاله [به] [(٨)] برئوا [(٩)] جميعا [(١٠)] .

١- من الأمرين السابقين .

٢- وقع هنا تكرار فى : ب و د .

٣- فى أ و د : أصحابه .

٤- حلية العلماء ٦٤/٥ ، الفتح ٣٩٤/١٠ ، الروضة ٢٦٩/٤ .

٥- سقط من : أ و جـ و د .

٦- فى م : مع عدم ..

٧- فى روضة الطالبين ٢٦٩/٤ (ولو ضمن عن الأول والأصيل معاً فأدى فله أن يرجع على أيهما شاء ، وأن يرجع على هذا بالبعض وعلى ذاك بالبعض ، ثم للأول الرجوع على الأصيل بما غرم بشرطه) .

٨- سقطت من : د .

٩- فى أ : برئا .

١٠- بعد هذا زيادة فى المختصر ص ٢٠٦ وهي قوله (ولو قبضه من الضامن الأول رجع به على الذى عليه الأصل وبرىء منه الضامن الآخر) - وهذا غير مذكور فى جميع النسخ .

ولو قبض من الضامن الثاني [١] رجع به على الضامن الأول ، ورجع به الأول على [٢] الذي عليه الأصل .

فلو كانت المسألة بحالها فأبرأ الطالب الضامنين جميعاً برئا ، ولا يبرأ الذى عليه الأصل) [٣] وهذا صحيح .

قد ذكرنا [٤] أنه يجوز أن يضمن عن الضامن ضامن ثان ، وعن الثاني ثالث ، وعن الثالث رابع ... وهكذا أبداً إلى مائة ضامن - [فأكثر] [٥] .

ويكون للمضمون له مطالبة أيهم [٦] شاء .

فإذا ضمن ضامن [عن ضامن] [٧] عن مضمون عنه : فللمضمون له مطالبة أيّ الثلاثة شاء [٨].

فإن سقط الحق المضمون فلا يخلو من أحد أمرين :

إما أن يكون قد استوفي بالأداء ، أو سقط بالإبراء .

فإن استوفاه المضمون له بالأداء :

فإن أداه المضمون عنه بريء منه ، وبريء الضامنان [عنه] [٩].

لأن ضمانهم للحق وثيقة فيه ؛ فإذا استوفي [١٠] الحق ارتفعت الوثيقة - كالرهن إذا استوفي مارهن فيه بطل الرهن .

١- فى ب و جـ : الأول .

٢- فى د : ويرجع به الأول عليه من الذى عليه الأصل .

٣- المختصر ٢٠٦ وفيه زيادة (لأن الضمان عند الشافعى ليس بحوالة ، ولكن الحق على أصله والضامن مأخوذ به) .

٤- ص ٢٧٩ .

٥- ليست فى : أ و جـ و د .

٦- فى د : أيهما .

٧- سقطت من : جـ و د .

٨- على ما سبق تقريره ص ٢٥٤ . .

٩- سقطت من : أ .

١٠- فى د : استوفاه .

وإن أداه الضامن الأول بريء ، وبريء المضمون عنه ، وبريء الضامن الثانى . لأنه حق واحد ، فإذا أدي سقط [١] .

ثم للضامن/الأول أن يرجع على [٢] المضمون عنه إن ضمن عنه بأمره .

وإن أداه الضامن الثاني بريء ، وبريء الضامن الأول ، وبريء المضمون عنه .

ثم للضامن الثاني أن يرجع على الضامن الأول إن كان ضمانه عنه بأمره ، وللضامن الأول إذا غرم أن يرجع على المضمون عنه - [إن كان ضمانه عنه] [٣] بأمره [٤] .

[فلو كان الضامن الثانى ضمن عن الأول بغير أمره ، وضمن الأول عن المضمون عنه بأمره] [٥] لم يكن لواحد من الضامنين أنه يرجع على المضمون عنه بشيء .

أما الثانى : فلأنه ضمن بغير أمر الأول ، وأما الأول فلأنه لم يغرم .

وهكذا لو دفع أحدهما بالحق عرْضا ، أو أحال به حوالة [٦] .

١- المهذب ٣٤١/١ ، الفتح ٣٨٥/١٠ ، ٣٩٥ ، الروضة ٢٦٤/٤ ، ٦٧٠ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٩/٤ أسنى المطالب ٢٤٦/٢ ، ٢٤٧ .

٢- فى ب : عن .

٣- سقط من : د .

٤- الفتح ٣٩٣/١٠ ، الروضة ٢٦٨/٤ ، مغني المحتاج ٢١٠/٢ ، أسنى المطالب ٢٤٩/٢ وقد مرّ حكم الرجوع وشرطه ص ٢٥٧.. .

٥- سقط من : جـ .

٦- (حوالة الضامن المضمون له على إنسان ، وقبوله حوالة المضمون له عليه ، ومصالحتهما عن الدين على عوض ، وصيرورة الدين ميراثاً للضامن : كالأداء فى ثبوت الرجوع وعدمه) روضة الطالبين ٢٦٧/٤ ، وانظر : المهذب ٣٤٢/١ الفتح ٣٩٠/١٠ ، أسنى المطالب ٢٤٨/٢ نهاية المحتاج ٤٦٤/٤ .

أ- فصل : (**إذا سقط الحق عن المضمون عنه بالإبراء**) :

وأما الإبراء : فإذا أُبرئ[١] المضمونُ عنه برئ وبرئ الضامنان [٢] .

لأن الحق قد سقط فزالت الوثيقة فيه - كإبراء الراهن يسقط [٣] الرهن .

وإن أُبرئ الضامن [الأول] [٤] برئ وبرئ الضامن الثاني ؛ لأنه فرع له .

ولم يبرأ المضمون عنه ؛ لأن براءة الضامن إسقاط للوثيقة ، وسقوط الوثيقة لا يبطل الحق - كما لو فسخ المرتهن الرهن .

ولو أُبرئ الضامن الثاني برئ وحده ، ولم يبرأ الضامن الأول ، ولا المضمون عنه [٥] .

ب- فصل : (**من مبطلات الضمان**) :

فلو كان المال المضمون من ثمن عبد فرده المضمون عنه بعيب برئ ، وبرئ الضامنان ، [وكذا] [٦] لو استحق .

فلو مات المضمون له فورثه المضمون عنه بطل الضمان .

لأنه بالإرث قد سقط عنه الحق ، وسقوط الحق يبطل الضمان .

ب/١٢٦

ولكن لو ورثه [٧] الضامن بطل الضمان . لأنه لا يجوز/أن يكون ضامنا لنفسه - وكان [٨] ما على المضمون عنه باقيا بحاله للضامن إرثاً .

١- فى أ : إذا برئ .

٢- فى د : الضامن .

٣- فى أ و ب : فسقط .

٤- سقطت من : أ .

٥- المهذب ٣٤١/١ الفتح ٣٨٥/١٠ ، الروضة ٢٦٤/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٩/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٦/٢ .
وعبارة النووي فى المنهاج : (ولو أبرأ الأصيل برئ الضامن ، ولا عكس) .

٦- سقطت من : م .

٧- فى ب : لورثة . ثم وقع تكرار فى ب حتى قولة : باقيا .

٨- في أ : وإن كان ، وفى ب و جـ : فكان ، وفى م : إن كان .

فلو كان المال المضمون صداقا ففسخ النكاح بعيب قبل الدخول سقط المهر ، وبطل [١] الضمان [٢] .

فلو طلّق الزوج قبل الدخول سقط نصف الصداق [٣] ، وبطل ضمانه ؛ وبقى نصفه ، وعلى الضامنين ضمانه .

جـ- فصل : (ارتفاع الضمان بالاستيفاء يمنع من عوده على الضامن إلا بعقد جديد) :

وإذا أعطى المضمون عنه بالحق عبداً برىء ، وبرىء الضامنان ، فلو رده المضمون له بعيب عاد حقه على المضمون عنه ، ولم يعد إلى ضمان الضامنين .

لأن الضمان [٤] قد ارتفع بالاستيفاء ؛ فلم يعد [إلا] [٥] باستئناف عقد .

ولكن لو كان العبد مستحقاً كان الضمان على حاله ؛ لأنه لم يسقط .

٧- مسألة : (تعدّد الضمناء وكيفية رجوع بعضهم على بعض) :

قال المزني : (ولو كان له على رجلين [ألف] [٦] درهم ، وكل واحد منهما كفيل [ضامن] [٧] عن صاحبه بأمره ، فدفعها إليه أحدهما رجع [بنصفها] [٨] على صاحبه [٩] .

١- فى جـ : وبقى الضمان .

٢- الفتح ٣٩٤/١٠ ، الروضة ٢٦٩/٤ ، وفيهما تفصيل فيبطل الضمان إذا حصل ذلك قبل أن يؤدي الضامن ، وإن كان بعد أن أدى الضامن فله تفصيل آخر ..

٣- لقوله تعالى فى سورة البقرة آية ٢٣٧ (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ..) .

٤- فى د : الضامن .

٥- سقطت من : أ .

٦- سقطت من : د .

٧- هكذا فى المختصر و م و ليست فى النسخ المخطوطة .

٨- ليست في النسخ المخطوطة .

٩- فى د : إلى صاحبه .

وإن أبرأ الطالب أحدهما من الألف سقط عنه نصفها الذي عليه ، وبرىء من ضمان نصفها الذي على صاحبه ، ولم يبرأ صاحبه [١] من نصفها الذى عليه) [٢] .

وصورتها : فى رجل له على رجلين ألف درهم من بيع أو قرض ... ، وكل واحد منهما ضامن لما على صاحبه بأمره .

فلصاحب الحق أن يطالب كل واحد منهما بالألف - نصفها مما عليه فى الأصل ، ونصفها مما ضمنه عن صاحبه .

وإذا كان كذلك فها هنا فصلان : فصل فى الأداء ، وفصل في الإبراء .

P١٢٧

- فأما الأداء إذا كان من أحدهما فلا يخلو من : أن يؤدي جميع الألف ،/أو نصفها .

فإن أدى جميع الألف [برئا جميعا] [٣] ، وكان للمؤدي [٤] أن يرجع على صاحبه بنصف الألف [٥] .

وإن أدى بعضها [٦] - مثل أن يؤدى خمسمائة - فلا يخلو حاله فى هذا [٧] الذى أداه من أربعة أحوال :

أحدها : أن يؤديها مما عليه من الأصل - دون ما ضمنه - فيبرأ مما عليه من الأصل - وهو خمسمائة ، ويبرأ صاحبه من ضمانها ، وتبقى عليه خمسمائة - وهي التى ضمنها عن صاحبه - فيصير على كل واحد منهما خمسمائة .

١- فى أ و ب و د و م والمختصر : صاحبها ، وأثبت ما فى : جـ .

٢- المختصر ٢٠٦ .

٣- سقط من : د .

٤- في م : وكان على المؤدي .

٥- الفتح ٣٩٥/١٠ ، الروضة ٢٧٠/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٩/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٩/٢ .

٦- فى أ و م : نصفها .

٧- فى ب : من هذا .

والحال الثانية : أن يؤديها مما ضمنه - دون ما عليه من الأصل ، فيبرأ [من] (١) ضمان الخمسمائة التي على صاحبه (٢) ، ويبرأ صاحبه منها ، ويرجع عليه بها ، وتبقى عليه خمسمائة - التي عليه في الأصل - وعلى صاحبه ضمانها .

والحال الثالثة : أن يؤديها من أصل ما عليه ومن ضمانه (٣) ، فيبرأ من خمسمائة - نصفها من أصل ما عليه ، ونصفها من ضمانه - ، [وله الرجوع بها ، وتبقى عليه (٤) خمسمائة - نصفها من أصل ما عليه ، ونصفها من ضمانه] (٥) . [وتبقى على صاحبه خمسمائة نصفها من أصل ما عليه ، ونصفها من ضمانه] (٦).

والحال الرابعة : أن يؤديها مطلقة من غير أن ينوى بها أحد المالين ففيها لأصحابنا وجهان : (٧)

أحدهما - وهو قول أبى علي بن أبى هريرة - : أنها تكون أداء من المالين [نصفين] (٨) - نصفها من أصل ما عليه ، ونصفها من ضمانه - لاستواء الحقين ؛ فوجب أن يكون بينهما (٩) نصفين .

والوجه الثاني - وبه قال أبو علي الطبري ، ونصّ عليه في «إفصاحه» : أنها تكون موقوفة على خياره - ليجعلها أداء/من أي المالين شاء ، من أصل ما عليه ، أو من ضمانه .. ١٢٧ ب
لأن التعيين (١٠) إليه قبل الأداء ؛ فكان إلى خياره بعد الأداء .

١- سقطت من : د .
٢- في ب : صاحبها .
٣- في د : ومن ضمانها .
٤- في د : على صاحبه .
٥- سقط من : جـ .
٦- سقط من : ب و جـ .
٧- في الفتح ١٠/٣٩٥ والروضة ٤/٢٧٠ (وإن أدى ولم يقصد شيئاً فهل يقسط عليهما ؟ أو يقال : اصرف إلى ما شئت ؟ وجهان سبق نظيرهما في آخر الرهن .
ومن فوائدهما أن يكون بنصيب أحدهما رهن .
فإن قلنا له : صرّفه فصرّفه إلى ما به الرهن انفك ، وإلا فلا) .
وقد صحح النووي في آخر الرهن ٤/١٢٤ الوجه الثاني فيخيرّ .
وانظر : أسنى المطالب ٢/٢٥٠ .
٨- سقطت من : أ و م .
٩- في م : أن تكون عنهما نصفين .
١٠- في م : لأن التعبير إليه .

أ- فصل : (إذا سقط الحق بالإبراء) :

وأما الإبراء فله حالتان : حالة يبرأ أحدهما من جميع الألف ، وحالة يبرأ من نصفها :

فإن أبرأه من جميع الألف برئ منها كلها ، وبرئ صاحبه من خمسمائة التى ضمنها عنه ؛ لسقوطها بالإبراء .

وبقى خمسمائة من أصل ما عليه ؛ لأن إبراء ضامنها لا يكون إبراء لمن عليه أصلها .

وإن أبرأه من خمسمائة لم يخل فى هذه الخمسمائة التى أبرأه منها[١] من أربعة أحوال :

أحدها : أن يجعلها إبراء من أصل ما عليه ، فيبرأ من خمسمائة من أصل ما عليه ، ويبرأ صاحبه من ضمانها ، وتبقى عليه خمسمائة من ضمانه عن صاحبه .

والحال الثانية : أن يبرئه مما ضمنه - دون ما عليه من الأصل - ، فيبقى عليه خمسمائة - هى من أصل ما عليه - وعلى صاحبه ألف درهم : منها خمسمائة من أصل ما عليه ، وخمسمائة من[٢] ضمانه عن صاحبه .

والحال الثالثة : أن يجعلها إبراء من المالين - نصفها من أصل ما عليه ، ونصفها من ضمانه - فيبقي عليه خمسمائة منها مائتان وخمسون من أصل ما عليه ، ومائتان وخمسون من ضمانه -، ويبقى على صاحبه سبعمائة وخمسون[٣]- خمسمائة منها من أصل ما عليه ، ومائتان وخمسون من ضمانه[٤] عن صاحبه - لأنه القدر الباقى عليه بعد الإبراء[٥] .

والحال الرابعة : أن يبرئه من ذلك براءة مطلقة ، فيكون على ما ذكرنا من الوجهين[٦] .

أحدهما : يكون إبراء من المالين / على قول [ابن[٧]] أبى هريرة - فيكون على مامضى[٨] .

١٢٨ أ

١- فى جـ : عنها .

٢- فى أ و جـ : عن ضمانه .

٣- فى ب و د : وخمسين !

٤- فى د : من ضمانها .

٥- الفتح ٣٩٥/١٠ ، ٣٩٦ ، الروضة ٢٧٠/٤ ، ٢٧١ ، أسنى المطالب ٢٥٠/٢ .

والكلام فى هذا الفصل قريب من سابقه .

٦- سبقا ص ٢٨٧.

٧- سقطت من : د .

٨- مضى قول ابن أبي هريرة في الحالة الرابعة من حالات الأداء ص ٢٨٧ .

والثاني : يكون مردوداً إلى خياره – ليجعلها إبراء من أى المالين شاء – على قول أبي عليّ الطبرى .

فإذا جعلها من أى[١] المالين [شاء[٢]] كان[٣] على ما مضى[٤].

٨- مسألة : **(إذا تعدد الضمناء وكان بعضهم حا ضرا والآخر غائبا وكيفية المطالبة) :**

قال المزنى : (فإن أقام رجل البينة أنه باع من هذا الرجل ومن رجل غائب عبداً ، وقبضاه [منه[٥]] بألف درهم ، وكل واحد منهما [كفيل[٥]] ضامن لذلك عن[٦]صاحبه بأمره : قضى[٧]عليه وعلى الغائب بذلك ، وغرم الحاضر جميع الثمن ، ورجع بالنصف على الغائب .

قال المزنى : وهذا مما يجامعنا عليه من أنكر القضاء على الغائب)[٨].

وصورتها : فى رجل ادعى على رجل حاضر أنه باع عليه وعلى رجل غائب عبداً بألف درهم ، وأقبضهما إياه ، وأنّ كل واحد منهما ضمن [ما[٩]] على صاحبه بأمره .

فصار له على هذا الحاضر بشرائه وضمانه ألف درهم[١٠].

١- فى ب و جـ و د و م : من أحد المالين

٢- سقطت من : ب و د .

٣- فى ب و د و م : جاز على ما مضى .

٤- فى الحالة الرابعة من حالات الأداء ص ٢٨٧ - وقد ذكر فيها قول أبي علي الطبري وما يترتب عليه .

٥- أثبته من المختصر ، وليس فى النسخ الأخرى .

٦- فى المختصر و م : على صاحبه .

٧- فى د : فقضى عليه .

٨- المختصر ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

٩- سقطت من : د .

١٠- حلية العلماء ٥/٨٧ ، الفتح ٣٩٦/١٠ ، الروضة ٢٧١/٤ ، أسنى المطالب ٢٥٠/٢.

فلا يخلو حال الحاضر - المدعى عليه - من أحد أمرين :
إما أن يقر ، أو ينكر .
فإن أقر بالدعوى لزمه دفع الألف إلى المدعى ، فإذا قدم الغائب فلا رجوع له عليه [بشىء[١]]
إلا أن يقر له بمثل ما أقر ؛ لأن إقراره لازم له ، وليس بلازم لغيره[٢].
وإن أنكر وكان للمدعى بينة سمعت عليه ، وقضي بها .
فإن ذكرت البينة فى شهادتها الغائب باسمه[٣]ونسبه قضى على الحاضر بألف درهم من شرائه وضمانه .
وإن لم تذكر الغائب باسمه سمعت على الحاضر بالشراء .
وهل تسمع عليه بالضمان ، أم لا ؟[٤].
على وجهين/من اختلافهم[٥]فى معرفة المضمون عنه : ١٢٨ب
هل يكون شرطاً فى صحة الضمان ، أم لا ؟[٦].
فإن قيل : إن معرفته شرط فى صحة الضمان عنه لم تسمع البينة على الحاضر بالضمان ، وقضى عليه بخمسمائة لشرائه[٧]- دون ضمانه .
[٨][وإن قيل : إن معرفته [ليست[٩]] بشرط سمعت عليه ، وقضى عليه بالألف لشراءه وضمانه][٨].

١- ليست فى : جـ .
٢- انظر ص ٨٤.
٣- فى جـ : بأمره .
٤- نقله الشاشي القفال عن المصنف فى حلية العلماء ٥/٨٨ ، ٨٩ .
٥- فى د : من اختلاف فى .
٦- سبقت هذه المسألة ص ٢٤٤ والأصح أنه لا يشترط معرفته .
٧- فى أ : بشرائه .
٨- سقط من : ب و جـ .
٩- سقطت من : د .

فإذا قضينا على الحاضر بالألف كلها بالبينة المسموعة عليه ثم قدم الغائب فأراد الحاضر أن يرجع عليه بالخمسمائةالتى قامت بها البينة :

فإن اعترف له الغائب[١] رجع عليه .

وإن أنكر نظر فى الحاضر حين أنكر :

فإن كان أنكر الشراء والضمان وأكذب الدعوى لم يكن له أن يرجع على الغائب بشىء .

لأنه مكذب لبينته ، معترف بأن المأخوذ منه ظلم[٢] .

وإن لم يكن أنكر الشراء والضمان ، ولا أكذب البينة - وإنما دفع الدعوى - بأن[٣] المدعي لا يستحق المطالبة بها : فله[٤] أن يرجع على الغائب بما دفع عنه ، وتكون البينة حجة عليه للمدعي بألف ، وحجة له على الغائب بخمسمائة .

١- فى م : الضامن

٢- هذا قول الجمهور من الشافعية وهو الأصح ، وقال ابن خيران : يرجع وإن صرح بالتكذيب ، لأن البينة أبطلت حكم إنكاره .

الفتح ٣٩٦/١٠ ، روضة الطالبين ٢٧١/٤ ، حلية العلماء ٨٨/٥ .

٣- فى سائر النسخ المخطوطة (فإن) ، وأثبت ما فى : م .

٤- فى جـ : وله ، وفى د : وإن لم يرجع .

فأما المزنى : فإنه لما رأى أبا حنيفة يوافق على هذا[١] مع امتناعه من القضاء على الغائب[٢] جعل ذلك منه قضاء على الغائب[٣] . فاختلف أصحابنا :

فكان أبو على بن أبى هريرة وطائفة : يذهبون إلى قول المزنى - إنه قضاء على الغائب ، وأن مذهب أبى حنيفة به منكسر - لأن فيها إلزام[٤] الشراء[٥] للغائب ، ليلزم[٦] الحاضر ضمانه .

وكانت طائفة أخرى من أصحابنا تمنع أن يكون هذا قضاء على الغائب؛/ [[٧] لأن ما [كان[٨]] قضاء على [الغائب[٩]] أحلف المدعى مع بينته[١٠] .

١٢٩ أ

والمدعى ها هنا لا يحلف[١١] ، فلم يكن ذلك قضاء على الغائب[٧]] .

١- يقول الحنفية : لو أقام البينة أن له على فلان الغائب كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضى به عليهما - وهو موافق لما ذكره المصنف هنا .
قالوا : وفى هذا تنبيه على أن القضاء على الغائب جائز إذا كان الإثبات على الحاضر متضمنا له ، فكل من ادعى على آخر حقاً لا يثبت عليه إلا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصماً عن الغائب .
انظر : الهداية ١٠٤/٣ ، تبيين الحقائق ١٩٢/٤ ،البحر الرائق ٢٠/٧ ، فتح القدير ١٢٧/٧ ، مجمع الأنهر ١٤٠/٢ رد المحتار ٣٣٧/٤ .

٢- اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - فى حكم القضاء على المدعى عليه إذا كان غائباً فى بلد آخر .
فقال الحنفية بالمنع فلا يقضى القاضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه .
وقال المالكية والشافعية والحنابلة يقضى عليه إذا ثبت الحق للمدعي بالبينة وتعذر حضور المدعى عليه ولهم شروط أخرى وتفصيلات .
انظر : الهداية ١١٩/٣ ، الاختيار ٨٧/٢ ، تبيين الحقائق ١٩١/٤ ، البحر الرائق ١٧/٧ ، فتح القدير وحواشيه ٣٠٨/٧ ، مجمع الأنهر ١٧١/٢ ، رد المحتار ٣٣٥/٤ .
وقوانين الأحكام ٣٢٦ ، بداية المجتهد ٤٧٢/٢ ، الإشراف ٢٨١/٢ ، تحفة الحكام ٢٤/١ ، الكافي لابن عبد البر ٩٣١/٢ .
والإقناع ١٩٧ ، المهذب ٣٠٣/٢ ، الروضة ١٧٥/١١ ، مغنى المحتاج ٤٠٦/٤ ، حاشية قليوبى وعميرة ٣٠٨/٤
والكافى لابن قدامة ٤٦٦/٤ ، المبدع ٨٩/١٠ ، التنقيح ٣٠٥ ، الإنصاف ٢٩٨/١١ ، الشرح الكبير للمقدسي ٢٠٠/٦.

٣- المختصر ٢٠٧ .

٤- فى أ : التزام

٥- فى د : الشىء .

٦- فى جـ : إذا لزم .

٧- سقط من : جـ إلى آخر المسألة .

٨- سقطت من : ب و م .

٩- سقطت من : د .

١٠- الحنفية يذكرون أنه من القضاء على الغائب - كما سبق فى هامش (١) - لكنه جائز عندهم لأنهم يمنعون القضاء على الغائب إلا إذا حضر من يقوم مقامه كما سبق فى هامش (٢) - وفى الصورة التى ذكرها المصنف قد حضر من يقوم مقام الغائب وهو شريكه الذى ضمنه كذلك - وعلى هذا فلا ينكسر مذهب الحنفية بذلك .

١١- يشترط المالكية والشافعية لجواز الحكم على الغائب بعد ثبوت الحق للمدعي بالبينة أن يحلف المدعى أن حقه باق فى ذمة المدعى عليه لم يبرأ منه - لجواز أن يكون قد حدث بعد ثبوته بالبينة إبراء أو قضاء أو حوالة ..
ويسمونها يمين القضاء أو يمين الاستبراء .
وعند الحنابلة فى هذه المسألة روايتان أشهرهما أنه لا يحلف لأن البينة تكفى المدعى .
انظر المصادر السابقة فى هامش (٢)

٩- مسألة : (إذا دفع الضامن الحق المضمون ثم أنكره المضمون له) :

قال المزني : (ولو ضمن عن رجل [بأمره[١]] ألف درهم عليه لرجل فدفعها بمحضره ثم أنكر [الطالب[٢]] أن يكون قبض شيئا[٣] حلف وبرىء وقضى على الذى عليه الدين بدفع الألف إلى المطالب ، ويدفع ألفا إلى الضامن لأنه دفعها بأمره ، وصارت له دينا عليه فلا يذهب حقه بظلم الطالب[٤]له .

ولو أن الطالب طالب الضامن وقال : لم تدفع إلى شيئاً قُضي عليه بدفعها ثانية ، ولم يرجع على الآمر إلا بالألف التي ضمنها عنه ؛ لأنه يقر أن الثانية ظلم من الطالب له[٥]، فلا يرجع على غير من ظلمه[٦]) [٧].

وصورتها : فى رجل ضمن عن رجل ألفاً بأمره ، ودفعها إلى المضمون له ، وأنكرها[٨].

فلا يخلو حال الضامن[٩] فى دفعه الألف إلى المطالب من أحد أمرين :

إما أن يشهد عليه بدفعها إليه ، [أولا يشهد عليه .

فإن أشهد عليه بدفعها إليه[١٠]] فلا يخلو حال من أشهده عليه - ليكون بينة عند إنكاره - من أربعة أحوال :

١- أثبتها من المختصر ، وليست فى النسخ الأخرى .

٢- سقطت من : جـ .

٣- فى النسخ : شيئاً بأمره حلف ، وأثبت ما فى المختصر .

٤- فى جـ و د : المطالب .

٥- فى جـ : ضمنه له .

٦- فى د : من ضمنه .

٧- المختصر ٢٠٧ .

٨- حلية العلماء ٨٢/٥ ، الفتح ٣٩٧/١٠ ، الروضة ٢٧١/٤ ، مغنى المحتاج ٢١٠/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٤/٤ ، أسنى المطالب ٢٥٠/٢ ، حاشية قليوبى ٣٣٢/٢ .

٩- فى جـ : الدافع .

١٠- سقط من : د .

أحدها : أن تكون بينة كاملة العدد ، كاملة الصفة[١] .
والثاني : أن تكون بينة ناقصة العدد ، ناقصة الصفة .
والثالث : أن تكون كاملة العدد ، ناقصة الصفة .
والرابعة : أن تكون ناقصة العدد ، كاملة الصفة .
فإن أشهد بينة كاملة العدد ، كاملة الصفة - مثل : أن يُشهد شاهدين عدلين ، أو شاهداً وامرأتين - فله الرجوع بالألف ؛ سواء بقي الشهود على حالهم ،/أو ماتوا ، أو فسقوا . ١٢٩ب
لأن حدوث الموت والفسق مما [٢]لا يمكن الاحتراز منه .
وهل يراعى فيمن أشهده العدالة الظاهرة - كشهود النكاح [٣]- أو يراعى فيهم [العدالة][٤] الظاهرة والباطنة - كشهود القاضي إذا أراد[٥]إنفاذ الحكم بشهادتهم - على وجهين[٦]:
أحدهما : أنه تراعى فيهم العدالة الظاهرة - كالنكاح - لأن العدالة الباطنة يتعذر الوصول إليها .
والوجه الثاني : أن المراعى فيمن يشهده العدالة الباطنة كشهود الحاكم .
لأن المقصود بها إثبات الشهادة عند الحاكم .
فعلى هذا : إن أشهد عدلين في الظاهر ، فاسقين في الباطن [لم يرجع][٧] ، وكان [٨]مفرطا .
وإن كان من أشهده ناقص العدد[٩] ، ناقص الصفة - مثل أن يُشهد شاهداً واحداً عبداً ، أو فاسقا - فهذا كمن لم يُشهد .
لأن المقصود بالشهادة إثبات الحق بها عند التنازع ؛ وهذه شهادة لا يثبت بها حق - فكان وجودها كعدمها .

١- يختلف عدد الشهود حسب حال القضية المشهود فيها ، والمسألة التي يبحثها المصنف هنا متعلقة بالأموال - والعدد الكامل في قضايا الأموال وما يقصد به المال رجلان أو رجل وامرأتان - كما قال تعالي في آية المداينة (٢٨٢ من سورة البقرة) «واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » الآية - وبقي أنواع مختلفة فيها .
أما كمال الصفة فيتحقق باتصاف الشاهد بعدد من الخصال منها : الإسلام ، الحرية ، التكليف ، المروءة ، عدم التهمة ، النطق ، السلامة من السفه .
انظر الأم ٢٢٣/٦ ، ٦٦٩/٨ ، المختصر ٤١١ ، ٤١٤ ، ٤١٩ ، المهذب ٣٢٤/٢ ، الروضة ٢٢٢/١١ ، ٢٥٤ مغني المحتاج ٤٢٧/٤ ، ٤٤١ .
٢- في ب و جـ : مالا .
٣- الصحيح أن شهود النكاح يراعى فيهم العدالة الظاهرة فقط وفى وجه : لا تكفى - انظر المهذب ٤٠/٢ الروضة ٤٦/٧ ، مغنى المحتاج ١٤٥/٣ .
٤- سقطت من : جـ .
٥- فى جـ : إذا أرادوا .
٦- فى الفتح ٣٩٧/١٠ ، والروضة ٢٧١/٤ أنه لو (أشهد مستورين فبانافاسقين كفى ذلك على الأصح) (والمستور من عرفت عدالته ظاهراً لا باطناً) عرفه النووى بذلك فى الروضة ٤٦/٧ .
وانظر : مغنى المحتاج ٢١٠/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٤/٤ ، أسنى المطالب ٢٥١/٢ وقد بحثوا مثل هذه المسألة فى باب الوكالة - كما فى المهذب ٣٥٦/١ ، الروضة ٣٤٤/٤ .
٧- سقطت من : د .
٨- في ب و جـ : فكان .
٩- في د : ناقص العدالة .

وإن كان من أشهده كامل العدد ، ناقص الصفة - مثل أن يشهد شاهدين عبدين ، [أو][١] فاسقين فليست هذه بينة ، وهى كمن لم يشهد ؛ لأن الحق لا يثبت[٢] بها عند التنازع .

فلو عتق العبدان ، وعدل الفاسقان بعد إشهادهما :

فإن ثبت الحق بشهادتهما رجع به .

وإن لم يثبت لموتهما[٣] قبل الأداء للشهادة فلا رجوع له به ، لتفريطه فى الابتداء - حين أشهدهما .

وإن كان من أشهده[٤] ناقص العدد ، كامل الصفة - مثل أن يشهد شاهداً واحداً عدلاً :

فإن اقتصر على إشهاده ، ولم يرد[٥] أن يحلف معه : فليست هذه بينة ، ويكون حكمه حكم من لم يشهد . / P ١٣٠

وإن اقتصر على إشهاده ليحلف معه فعلى وجهين :[٦]

أحدهما : أنها بينة ، وله الرجوع ؛ لأن الشاهد واليمين بينة كالشاهدين .

والوجه الثانى : أنه يكون مفرطاً - بمثابة من لم يشهد -لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين[٧] .

١- سقطت من : د .

٢- فى د : إلا بها .

٣- فى جـ ود : بموتهما ، وفى م : كموتها .

٤- فى د : أشهدهما .

٥- تصريح المصنف بالإرادة هنا (يقتضى اشتراط العزم على الحلف عند الإشهاد ، فلو لم يقصده كان كمن لم يشهد) .

والذين نقلوا هذا عن المصنف منهم من سلّم به ، ومنهم من حمله على من لم يحلف أصلاً ، فجعل قوله «ليحلف معه» علة غائية فيحلف عند التنازع ولا يشترط عزمه على الحلف حين الإشهاد .

انظر : مغنى المحتاج ٢١٠/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٤/٤ ، حاشية الرملى على أسنى المطالب ٢٥١/٢ .

٦- الفتح ٣٩٧/١٠ ، الروضة ٢٧١/٤ ، مغنى المحتاج ٢١٠/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٤/٤ ، أسنى المطالب ٢٥١/٢ ، وذكر النووى فى الروضة والمنهاج أنه يكفى فى الأصح .

٧- يشير المصنف هنا إلى مذهب الحنفية فإنه لا يحكم عندهم بشاهد ويمين فقط وقال أكثر العلماء ومنهم الأئمة الثلاثة والفقهاء السبعة بالمدينة يقضى بالشاهد واليمين فى الأموال .

انظر هذه المسألة فى :

بدائع الصنائع ٣٩٢٣/٨ ، الاختيار ١٤٠/٢ ، تبيين الحقائق ٢٠٩/٤ ، البحر الرائق ٦٢/٧ ، فتح القدير ٣٧٠/٧ .

والمدونة ١٨٢/٥ ، بداية المجتهد ٤٦٧/٢ ، قوانين الأحكام ٣٣٨ ، مواهب الجليل ١٨١/٦ ، الخرشى ٢٠١/٧ ، الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقى ١٨٧/٤

والأم ٢٧٣/٦ ، ٢٧٥-٣٥/٧-٤٩٩/٨ ، المختصر ٤١٠ ، ٤١٤ ، ٤١٥ ، المهذب ٣٣٤/٢ ، الروضة ٢٧٨/١١ أسنى المطالب ٣٧٣/٤ .

والمغنى لابن قدامة ١٣٣/١٠ ، الكافى ٥٣٩/٤ ، الشرح الكبير ٢٨٨/٦ ، الإنصاف ٨٢/١٢ شرح المنتهى ٥٥٧/٣ ، كشاف القناع ٤٢٩/٦ .

فإذا ثبت ما وصفنا وأشهد من لا يكون مفرطاً بإشهاده على ما بينا - فلا يخلو :
أن تثبت بهم البينة على المنكر للقبض[١] ، أم لا .
فإن ثبتت البينة عليه[٢] بشهادتهم حكم عليه باستيفاء حقه ،
وبريء منه الضامن والمضمون عنه ، وكان للضامن أن يرجع بما أداه .
وإن[٣] لم تقم البينة بهم - لموتهم ، أو لحدوث[٤] فسقهم ، أو لبعد غيبتهم - فالقول قول المضمون له - المنكر - مع يمينه أنه لم يقبض حقه من الضامن .
ثم هو على حقه من مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه .
فإن رجع على[٥] المضمون عنه فأخذ حقه منه بريء الضامن والمضمون عنه معاً ، وكان للضامن أن يرجع على المضمون عنه بما أداه[٦].
لأنه لم يكن منه تفريط فيه ، فيصير المضمون عنه غارماً لألفين - ألف[٧] منها أداء إلى المضمون له ، وألف[٧] غرمها للضامن بأدائها عنه .
وإن رجع المضمون له حين حلف على الضامن كان للضامن أن يرجع على المضمون عنه بالألف الأولى دون الثانية .
لأنه بالثانية مظلوم فلا يرجع بها على غير من ظلمه .
فهذا حكم الضامن إذا أشهد فيما دفع[٨]./ ١٣٠ ب

١- في جـ : بالقبض .
٢- في أ : عليهم .
٣- في د : إن لم ..
٤- في ب و جـ و د : أو حدوث فسقهم ، أو بعد غيبتهم .
٥- في أ : عليه .
٦- سبق تقرير هذه الأحكام ص ٢٨١.
٧- في ب و جـ و دوم : ألفا .
٨- المصادر السابقة للشافعية .

أ- فصل : **(إذا دفع الضامن للمضمون له ولم يشهد) :**

فأما إذا لم يشهد الضامن فيما دفع على المضمون[١] له فلا يخلو حاله[٢] حين دفعها من :

أن يكون المضمون عنه حاضراً عند دفعها ، أو غائباً .

فإن كان المضمون عنه غائباً لم يكن للضامن أن يرجع عليه بشيء سواء صدّقه ، أوكذّبه .

لأنه إن كذّبه لم يقبل قوله عليه ، وإن صدقّه[٣]فقد فرط حين لم يشهد [عليه][٤].

ويكون المضمون له - إذا حلف - [على حقه من[٥]] مطالبة من شاء [من[٦]] الضامن ، أو المضمون عنه .

فإن طالب المضمون عنه ، [وأغرمه[٧]] [برىء[٨]] ، وبرىء الضامن معه ، ولم[٩]يكن للضامن أن يرجع بما كان دفع ؛ لأنه مفرط بدفعه حين لم يشهد .

وإن أغرم الضامن برىء ، وبرىء المضمون عنه .

وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه بشيء أم لا ؟

على وجهين :[١٠].

أحدهما : لا يرجع بشيء ، لأن الألف الأولى لم يقع بها الإبراء ، والألف الثانية هو مظلوم بها .

١- في ب و جـ : على المضمون .

٢- في د : حالها .

٣- إذا صدقه المضمون عنه ففي رجوع الضامن وجهان أصحهما عدم الرجوع .

وإن كذبه الأصيل لم يرجع قطعاً ، ومحل الخلاف إذا لم يأمره بالإشهاد أو تركه .

حلية العلماء ٨٢/٥ ، الفتح ٣٩٨/١٠ ، الروضة ٢٧١/٤ ، مغني المحتاج ٢١١/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٤/٤.

٤- ليست في : د .

٥- سقط من : جـ .

٦- سقطت من : د .

٧- سقطت من : جـ .

٨- سقطت من : د .

٩- في ب : وإن لم .

١٠- حلية العلماء ٨٤/٥ ، الفتح ٣٩٩/١٠ ، الروضة ٢٧٢/٤ مغني المحتاج ٢١١/٢ - والأصح أنه يرجع.

والوجه الثانى : له الرجوع بأحد الألفين ؛ لأنه قد أسقطها عن ذمة المضمون عنه بالأداء .
فعلى هذا : بأى الألفين يرجع ؟
على وجهين[١]:
أحدهما : يرجع بالألف الأولى ؛ لأن الإبراء فى الباطن كان بها .
الثانى : يرجع بالألف الثانية ؛ لأن المطالبة سقطت بها .
فأما إذا كان المضمون عنه حاضراً عند دفعها إلى المضمون له :
فمذهب الشافعى[٢]: أن للضامن أن يرجع على المضمون عنه بما أداه بمحضره .
لأن الاستيثاق بالإشهاد إذا حضر المضمون عنه /إليه دون الضامن ، فلما لم يشهد صار هو التارك لحقه من الوثيقة دون الضامن .
ثم للمضمون له[٣]- إذا حلف - أن يرجع بحقه على من شاء من المضمون عنه ، أو الضامن .
فإن رجع به على المضمون عنه فأخذ منه ألفاً كان للضامن أن يرجع عليه ؛ فيغرمه ألفاً[٤].
وإن رجع على الضامن فأغرمه ألفاً ثانية كان للضامن أن يرجع بالألف الأولى[٤]دون الثانية .

م ١٣١

١- حلية العلماء ٨٥/٥ ، الفتح ٤٠٠/١٠ ، الروضة ٢٧٢/٤ ، مغنى المحتاج ٢١١/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٥/٤ ، أسنى المطالب ٢٥١/٢ .
وقد رجح النووى وغيره وجهاً ثالثاً فقال فى الروضة : (ينبغى أن يرجع بأقلهما ، فإن كان الأول فهو يزعم أنه مظلوم بالثانى ، وإن كان الثانى فهو المبرىء ، ولأن الأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد- والله أعلم).
وثمرة الخلاف هنا تظهر فيما لو كان أحد الألفين المدفوعين من نقود صحاح ، والآخر من نقود مكسرة - إذا كانت من الدراهم أو الدنانير - فهل يرجع بالصحاح أو المكسرة أو بأقلهما ؟ على ما سبق .
٢- كما ذكر ذلك المزنى فى المختصر ٢٠٧ فقال (فدفعها بمحضره .. إلخ) ، وقد سبق ص ٢٩٣.
وفى الفتح ٣٩٩/١٠ والروضة ٢٧٢/٤ (وأما إذا أدى بحضور الأصيل فيرجع على الصحيح المنصوص) . والمسألة فى المصادر السابقة قريباً .
٣- فى جـ : للمضمون عنه .
٤- وهى التى دفعها بحضرة المضمون عنه ثم أنكرها المضمون له .

ومن أصحابنا من قال : إن حضور المضمون عنه الدفع لا يسقط عن الضامن حق الوثيقة بالإشهاد .

لأنه أمره أن يدفع دفعاً مبرئاً[١] ، فصار ذلك مقرونا بالإشهاد .

فعلى هذا : يكون الحكم فيه كما لو لم يحضر المضمون عنه الدفع .

فإن رجع المضمون له على المضمون عنه لم يرجع الضامن عليه[٢] بشيء ،

وإن رجع على الضامن : فهل للضامن أن يرجع بإحدى الألفين ، [أم لا[٣]] ؟

على ما ذكرنا من الوجهين [٤].

١٠- مسألة : (**الخلاف في ضمان المجهول**):

قال المزني : (ولو ضمن لرجل ما قُضي[٥] به له على آخر ، أو ما يشهد به عليه فلان : فإن الشافعي قال : لا يجوز ، وهذا مخاطرة)[٦].

وهذا صحيح .

١- في أ و د : دفعاً مبرماً .

٢- في ب وجـ و د : عنه بشيء .

٣- سقطت من : أ .

٤- سبقا ص ٢٩٧ .

٥- في جـ : مالاً قضى .

٦- المختصر ٢٠٧ ، الأم ٣/٢٣٤ ، ٢٣٥ .

لا يصح ضمان المال حتى يكون واجباً معلوماً ، ولا يصح ضمان مالم يجب ، ولا ما كان مجهولا ، ولا الإبراء من[1] المجهول[2].

وقال أبو حنيفة [3]: يصح ضمان المجهول ، والإبراء منه ، والهبة له .

استدلالاً بأن ضمان الدّرك لما جاز اتفاقاً[4] مع جهالته فى استحقاق كل المبيع ، أو بعضه - دل على جواز ضمان/المجهول حجاجاً - وكذلك مالم يجب .

١٣١ ب

١- فى م : ولا الإبراء منه .

٢- وقع الخلاف فى ضمان المجهول ومالم يجب :

وللشافعية فيه قولان أظهرهما : البطلان ، وهو مذهب الظاهرية أيضاً ،

ومن حجج الشافعية على منعه القياس على الأثمان فكما أنها لا تصح بالمجهول فكذا الضمان .

واحتج ابن حزم على منع ذلك بقول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » النساء ٢٩ .

وبحديث : «لا يحل مال مسلم إلا بطيب نفس منه » وقد سبق تخريجه ص ١٤٩ .

قال : (والتراضى وطيب النفس لا يكون إلا على معلوم القدر ..) .

وقال جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة : يصح ضمان المجهول وما لم يجب واستدلوا بعموم قوله تعالى :« ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم» يوسف (٧٢) .

وحمل البعير غير معلوم لأنه مختلف باختلافه .

ولعموم قول الرسول صلى الله عليه وسلم : «الزعيم غارم » وقد سبق ص ٢٣٥.

ولأنه التزام حق فى الذمة من غير معاوضة فصح فى المجهول كالنذر والإقرار .

ولأن الكفالة مبنية على التوسع فيتحمل فيها الجهالة .

انظر : الأم ٢٣٤/٣ ، المختصر ٢٠٧ ، المهذب ٣٤٠/١ ، التنبيه ٧٤ ، حلية العلماء ٥٦/٥ ، الفتح ٣٧٠/١٠ ، الروضة ، ٢٥٠/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٢/٢ ، أسنى المطالب ٢٣٩/٢ ، والمحلى ٤٠٤/٦ .

وبدائع الصنائع ٣٤٢٠/٧ ، الهداية ٩٩/٣ ، الاختيار ١٦٩/٢ ، تبيين الحقائق ١٥٢/٤ ، البحر الرائق ٢٣٥/٦ ، فتح القدير ١٨١/٧ ، مجمع الأنهر ١٣٠/٢ .

والمدونة ٢٥٨/٥ .. ، بداية المجتهد ٢٩٨/٢ ، قوانين الأحكام ٣٥٣ ، الإشراف ٢١/٢ ، مواهب الجليل ١٠٠/٥ ، الخرشى ٢٥/٦ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ٣٣٤/٣ ، الكافى ٧٩٣/٢ .

والمغنى ٤٠٠/٤ ، الكافى ٢٣٠/٢ ، المقنع ١١٣/٢ ، الشرح الكبير ٣٨/٣ ، التنقيح ١٩٦ ، ، الإنصاف ١٩٥/٥ ، كشاف القناع ٣٥٤/٣ ، شرح المنتهى ٢٤٨/٢ .

٣- المصادر السابقة .

٤- سبق الكلام على ضمان الدّرك ص ٢٧٠، وقد قال بجوازه الشافعية ، والحنفية وغيرهم - فقال الجمهور يلزم الشافعية التسليم بجواز ضمان المجهول لأن الدّرك فيه جهالة .. انظر المصادر السابقة - وقد أجاب المصنف عن هذا الاعتراض .

ودليلنا هو : أن كل جهالة تبطل بها الأثمان فإنه يبطل بها الضمان ؛ قياساً على جهالة الجنس[١] .

ولأن كل مالم يثبت فى الذمة لجهالة جنسه لم يثبت فيها لجهالة قدره ؛ كالأثمان .

ولأن الضمان وثيقة ، فلم يجز [٢]إلا فى معلوم ؛ كالرهن .

ولأنه ضمان مال مجهول ، فوجب[٣]أن يكون باطلاً قياساً عليه إذا قال : ضمنت بعض مالك على فلان .

فأما الدّرك فهو ضمان[٤]واجب معلوم ؛ لأنه يوجب ضمان الحق ، والحق معلوم - وإنما يختلف ما يستحق فى الثانى من كل المبيع أو بعضه[٥][٦] .

أ- فصل : **(إذا قال ضمنت لك ما تداين به فلانا ونحو ذلك)** .

فأما إذا قال : قد ضمنت [لك[٧]] كل ما تداين به فلاناً ، أو تبايع[٨]به فلاناً - من درهم إلى مائة ففيه وجهان[٩] :

١- استدل الجمهور بنصوص لا يقاومها القياس والتعليلات التى ذكرها الشافعية ،
انظر : أحكام القرآن لابن العربى ٣/١٠٨٥ .

٢- فى ب و جـ و م : فلم يجب .

٣- فى ب : وجب .

٤- فى ب : ضامن .

٥- فى د : من كل البيع أو نصفه .

٦- مصادر الشافعية السابقة .

٧- فى جـ : عنك ، وسقطت من : أ .

٨- فى أ : أوترابع به .

٩- المهذب ١/٣٤١ ، حلية العلماء ٥/٥٧ ، الروضة ٤/٢٥٢ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٣ ، نهاية المحتاج ٤/٤٤٤ ، أسنى المطالب ٢/٢٤٠ .
وفى الفتح ١٠/٣٧١ ، والروضة ٤/٢٥٢ : إذا قال : ضمنت مالك على فلان من درهم إلى عشرة فوجهان ، وقيل قولان .
أصحهما الصحة لانتفاء الغرر .

أحدهما : يجوز - تخريجا من تجويزه ضمان نفقة الزوجات - على قوله فى القديم[١]- لما فى ذلك من الرفق بالناس .

والوجه الثانى : وهو أصح : أنه ضمان باطل ؛ لأنه ضمان مالم [يجب - ولا[٢]] يصح تخريجه من ضمان نفقات الزوجات ؛ لأنه كان فى القديم[١]يرى وجوبها بالعقد - فصار ضمان ما قد وجب ، وهذا ضمان مالم يجب .

ب- فصل : **(ضمان تصرفات الوكيل)**:

فأما إذا قال : هذا وكيلى ، وعليّ ضمان كل ما تعطيه ، أو تبايعه صح ؛ ولزمه ضمان كل ما قامت به البينة فى [٣] مبايعته وعطائه،وليس لزوم[٤]هذا من جهة الضمان - فيبطل بالجهالة - ولكن لما/فعله[٥] وكيله صارت يده كيده .

فلو ادعى المضمون له من المبايعة والعطاء ما اعترف به الوكيل وأنكره الموكل - الضامن - ولم تقم به بينة ففيه وجهان[٦]:

أحدهما : لا تصدق دعواه حتى تقوم له بينة .

والوجه الثانى : يقبل قول وكيله [عليه[٧]] ؛ لأنه أمين له قد أقامه مقام نفسه .

فأما إذا قال له : أقرض زيداً ألف درهم ، وعليّ ضمانها ففيه وجهان[٨]:

أحدهما : باطل ؛ لأنه ضمان مالم يجب بعد .

والوجه الثانى : أنه جائز ؛ لأنه ضمان مقترن بالقرض ، فصح اجتماعها .

١- سبقت هذه المسألة ص ٢٧٣.

٢- سقط من : د .

٣- فى ب و جـ : ما قامت به البينة ومبايعته .

٤- فى أ و د : وليس هذا لزوماً من جهة .

٥- فى ب و م : جعله وكيله .

٦- فى الروضة ٣٤٤/٤ (وهل يقبل قول الوكيل على الموكل ؟ قولان .
أظهرهما : لا ، والثانى : نعم بيمينه ... وكل ذلك على ما ذكرناه فى رجوع الضامن على الأصيل)
وانظر : المهذب ٣٥٧/١ ، التنبية ٧٧ ، مغنى المحتاج ٢٣٦/٢ .

٧- سقطت من : د .

٨- الفتح ٣٦٣/١٠ ، الروضة ٢٤٤/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠١/٢ ، نهاية المحتاج ٤٣٩/٤ ، تحفة المحتاج وحواشيها ٢٤٧/٥ ، أسنى المطالب ٢٣٨/٢ والظاهر أنهما قولان كما قالا فى الفتح والروضة (إذا ضمن مالم يجب وسيجب بقرض أو بيع وشبههما فطريقان أحدهما : القطع بالبطلان .. وأشهرهما على قولين: الجديد البطلان . والقديم الصحة لأن الحاجة قد تدعو إليه
وقال فى المنهاج : (وصحح القديم ضمان ما سيجب) .

جـ- فصل : (**ضمان نقص الوزن أو الصفة فى الدراهم ليس من ضمان المجهول)** .

فأما إذا قبض رجل ألف درهم من دين له على رجل ، فضمن ضامن نقصها فى الوزن ، أو فى الصفة صح[١] ، وجرى هذا مجرى ضمان الدَّرك ، وخرج عن باب ضمان المجهول ، ومالم يجب.

وإذا صح أن ضمان ذلك جائز - فلا يخلو حال الضمان[٢] من أربعة أحوال :

أحدها : أن يضمن له نقص[٣] الوزن - فعليه ضمانه .

فلو ادعى [القابض[٤]] أنها نقصت عليه مائة درهم :

فإن صدقه الدافع والضامن [جميعاً : كان بالخيار فى الرجوع على من يشاء - من الدافع والضامن[٥]].

وإن كذباه جميعاً : كان قوله مقبولاً على الدافع - بيمينه - .

لأن الأصل بقاء دينه، مالم يقر بقبضه .

فإذا حلف استحق عليه الرجوع بالنقص[٦].

وهل يقبل قوله على الضامن حتى يستحق الرجوع عليه بالنقص[٧] ، أم لا ؟

على وجهين:[٨]

أحدهما : يقبل [قوله[٩]] عليه بالنقص - مع يمينه ، كما قبل قوله على الدافع .

ويكون بالخيار فى/الرجوع بالنقص[٧] على أيهما شاء .

ب/١٣٢

١- ويسمونه ضمان نقص الصنجة - بفتح الصاد وهى التى يوزن بها الثمن وهذا مستثنى من بطلان ضمان مالم يجب ، فهو مثل ضمان الدرك ، وفى قول هو باطل لكونه ضمان مالم يجب .

انظر : الفتح ٣٦٥/١ ، الروضة ٢٤٦/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠١/٢

والبحث فى هذا الفصل يتعلق بالنقود إذا كانت من الدراهم والدنانير فقط .

٢- فى جـ : الضامن .

٣- فى ب و جـ : بعض .

٤- سقطت من : جـ .

٥- سقط من : د .

٦- فى أ : بالقبض .

٧- فى أ و ب : بالقبض .

٨- الفتح ٣٦٥/١٠ ، الروضة ٢٤٦/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠١/٢، نهاية المحتاج ٤٤١/٤ ، أسنى المطالب ٢٣٨/٢ فإذا اختلف القابض والضامن فى النقص صدق الضامن بيمينه على الأصح لأن الأصل براءة ذمته ، أما إذا اختلف القابض ومن عليه الأصل فيصدق القابض من بائع ونحوه بعد أن يحلف - لأن الأصل أن ذمة المدين مشغولة .

٩- ليست فى : أ و ب و د .

والوجه الثاني- وهو أصح : أن قوله على الضامن غير مقبول ، وليس له أن يرجع عليه بالنقص - إلا أن يصدقه .

والفرق بينه وبين الدافع هو : أن الدين قد كان ثابتاً في ذمة الدافع ، ولم يكن ثابتاً في ذمة الضامن - فلذلك[١]قبل قوله على الدافع ، ولم يقبل قوله على الضامن .

[فعلى الوجه الأول : إذا رجع القابض على الضامن][٢] بالنقص[٣] فليس للضامن أن يرجع على الدافع - وإن كان ضمانه بأمره - .

لأنه بإكذاب القابض مقرّ بأنه مظلوم بها ، فلم يكن له أن يرجع بها على غير من ظلمه [٤].

ولكن إن أكذبه الدافع ، وصدّقه الضامن : كان له أن يرجع على [كل واحد منهما لأن قوله][٥] على الدافع مقبول ، والضامن قد صدّقه .

فإن رجع على الضامن لم يكن للضامن أن يرجع على الدافع أيضاً ، لإنكار الدافع .

والفرق بين أن يقبل [قول القابض على الدافع ، ولا يقبل عليه[٦]] قول الضامن : أنه بريء الذمة من حق الضامن ؛ فلم يقبل قوله عليه .

ومرتهن الذمة بحق القابض ؛ فقبل قوله عليه .

فهذا إذا ضمن له نقص الوزن .

والحال الثانية : أن يضمن له نقص الصفة - وهو أن يبدل له منها ما كان رديئاً فيها :

فإذا رد شيئاً منها - ذكر أنه كان فيها :

فإن صدقه الدافع والضامن كان بالخيار في أن يبدلها ممن[٧]شاء - من الدافع والضامن[٨].

فإن أراد أخذ بدلها من الدافع كان للدافع أن يمتنع[٩]من دفع[١٠]البدل/ إلا بعد استرجاع الرديء - المبدل .

٢
١٣٣

١- في ب : فكذلك .
٢- سقط من : د .
٣- في ب : بالبعض .
٤- سبق نظيره ص ٢٩٦ .
٥- سقط من : د .
٦- سقط من : جـ .
٧- في أ : من شاء .
٨- في د : من الدفع من الضامن .
٩- في ب : أن يمنع .
١٠- في د : من أخذ .

وإن أراد أخذ بدلها من الضامن لم يكن للضامن أن يمتنع من دفع البدل ليسترجع الرديء[١] المبدل .

لأنه لا يملكه - والدافع يملكه[٢] -[٣].

وقيل للضامن : لك أن تفسخ القضاء فى القدر المردود ، وتدفع إليه بوزنه جيداً ، ويكون الرديء[١] مع القابض ليتولى رده على الدافع .

فإن قبض الضامن الرديء كان مضموناً عليه ؛ لأنه قبض مال غيره من غير إذنه فصار بقبضه معتدياً - إلا أن يأذن له الدافع فى استرجاعه إذناً صريحاً فلا يضمن - .

فلو أحضر القابض رديئاً زعم أنها كانت في الدراهم فكذبه الدافع والضامن معاً :

فإن كان ردها[٤] عيباً[٥] لا يخرجها من جنس الدراهم - كالعَتَقِ[٦][٧] والصفة[٨] والجنسية - لم يقبل قول القابض على واحد منهما .

وإن كان ردها يخرجها من جنس الدراهم - كالزايف ، والصفر والمطلى - فقول القابض مقبول على الدافع ، كما لو ادعى نقص الوزن .

وهل يقبل على الضامن ، أم لا ؟

على ما ذكرنا[٩] من الوجهين .

١- فى ب و جـ و م : الرد .

٢- فى د : والدافع لا يملكه .

٣- نُقل هذا عن المصنف فى نهاية المحتاج ٤/ ٤٤٠ ، تحفة المحتاج ٥/ ٢٤٩ .

وانظر : الروضة ٤/ ٢٤٦ ، ٣٢٧ .

٤- فى أ : رديئاً .

٥- فى أ : غشاً ، وفى جـ : عيناً .

٦- فى ب و جـ و د : بالعتق .

٧- هذه من عيوب النقود القديمة المسبوكة من الذهب والفضة فقد تكون عتيقة أى قديمة أو تختلف فى الصفة ونحو ذلك .

وقد يكون عيبها يخرجها عن كونها نقوداً كالمزيفة وهى المغشوشة كالمطلية بالزئبق أو غيره .

انظر : القاموس ١٠٥٦ ، ١١٧١ ، المصباح المنير ٢٦١ ، ٣٩٢ ، ما سبق ص ١٩٨.

٨- فى أ و د : والفضة .

٩- سبقا ص ٣٠٣.

والفرق بينهما : أن المعيب[١] إذا كان من جنس الفضة جاز أن يكون قبضا من الفضة ، فصار بقبضه مستوفيا - فلم يقبل قوله فى ادعاء الرد ، لأنه يصير مبتدئاً بالإثبات لحق[٢].

وليس كذلك إذا كان المعيب[٣] من غير جنس الفضة ، لأنه [لا[٤]] يجوز أن يكون قبضاً [٥] من الفضة - فكان حقه ثابتاً لا يسقط بقبضه ، فلم يصر[٦] بادعاء الرد مبتدئا بإثبات حق[٧].

فهذا/ فرق بينهما .

٢/١٣٣

فلو صدّقه الضامن وكذّبه الدافع كان له أن يرجع ببدلها على الضامن .

وللضامن ها هنا أن يمتنع من دفع البدل إلا باسترجاع الرديء - بخلاف ما ذكرنا[٨] إذا صدقه - لأن الضامن - مع تكذيب الدافع - لا يقدر[٩] أن يرجع عليه بالبدل ، فكان له استرجاع الردىء ليتوصل بها إلى بعض حقه .

فهذا الحكم فيه إذا ضمن نقص الصفة .

والحال[١٠] الثالثة : أن يضمن [له[١١]] نقص الوزن ونقص الصفة - فيصير ضامناً لهما -.

ويكون الحكم فيه كما لو ضمن كل واحد منهما على انفرداه - فيجتمع الحكمان على ما ذكرنا[١٢] .

والحال الرابعة : أن يضمن له نقص الدراهم من غير أن يذكر نقص الوزن ، أو نقص الصفة .

١- فى ب و جـ : العيب .

٢- فى ب : بالإثبات حقا ، وفى جـ : بالإثبات حق ، وفى م : لإثبات حق .

٣- فى جـ : إذا العيب ، وف د : إذا المعيب .

٤- سقطت من : م .

٥- فى جـ و د : قضاء .

٦- فى د : فلم يضمن بادعاء .

٧- فى ب و جـ : لإثبات حق ،فى د : بالإثبات حق .

٨- ص ٣٠٥ ، وانظر : نهاية المحتاج ٤/ ٤٤٠ ، تحفية المحتاج ٥/ ٢٤٩ .

٩- فى ب و جـ : لا يقر .

١٠- فى أ : والحالة .

١١- سقطت من : د .

١٢- فى الحالتين السابقتين .

فيكون ضامناً لنقص [الوزن][١] - لا يختلف .

وهل يكون ضامناً لنقص الصفة ؟

على وجهين - حكاهما ابن سريج :[٢]

أحدهما : يضمن ؛ لانطلاق النقص على الأمرين .

والوجه الثاني : لا يضمن ؛ لأن عرف الناس فى مثله جار[٣] على[٤] نقص الوزن دون الصفة .

١١- مسألة : (**ضمان دين الميت وشروطه**):

قال الشافعى - رحمه الله تعالى : (وإن ضمن دين[٥] ميت بعد ما يعرفه ، ويعرف لمن هو ؛ فالضمان لازم - ترك الميت شيئاً ، أو لم يترك)[٦]. وهذا كما قال .

إذا كان على الميت دين لم يسقط بموته - سواء مات موسراً أو معسراً .

ويصح ضمانه عنه بعد موته ، - سواء [ترك] [٧][وفاء[٨]] ، أو لم يترك[٩].

١- سقطت من : د .

٢- لم أجد من فصّل الحالات كتفصيل المصنف - ولهذا لم أعثر على هذين الوجهين عند غيره .

٣- فى ب و د و م : خارج .

٤- فى أ و م : عن .

٥- فى أ : مال ميت .

٦- المختصر ٢٠٧ ، الأم ٢٣٤/٣ .

٧- سقطت من : جـ .

٨- سقطت من : د.

٩- ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى صحة ضمان الدين عن الميت ولومات معسراً - أي مفلساً - وقال بهذا من الحنفية أبو يوسف ومحمد بن الحسن .

أما الإمام أبو حنيفة فلا يصح عنده ضمان دين الميت المعسر بل يسقط بموته .

إلا إذا كان به كفيل أو رهن قبل موته ، أو ظهر له مال فتصح بقدره .

ولو تبرع به إنسان صح عند الجميع .

ومما احتج به أبو حنيفة أن الدين يسقط بالموت فى أحكام الدنيا والكفالة بالساقط لا تجوز .

ولأن ذمة الميت قد خربت بالموت فلم يبق فيها دين .

أما حجة الجمهور فقد ذكر المصنف جملة منها تدل على أنه القول الراجح والله أعلم .

وانظر : الأم ٢٣٤/٣، ١٢٥/٧ ، المختصر ٢٠٧ ، المهذب ٣٣٩/١ ، حلية العلماء ٤٨/٥ ، الفتح ٣٥٨/١٠ ، الروضة ٢٤٠/٤

وبداية لمجتهد ٢٩٨/٢ و ١٢٥/٧، قوانين الأحكام ٣٥٣ ، الكافى ٧٩٥/٢ ، مواهب الجليل ٩٧/٥، حاشية الدسوقى ٣٣١/٣ ، الخرشى ٢٣/٦ .

والمغنى ٤٠١/٤ ، الكافى ٢٢٨/٢ ، المقنع ١١٤/٢ ، الشرح الكبير ٣٩/٣ ، الإنصاف ١٩٧/٥ ، التنقيح ١٩٦ ، الإفصاح ٣٨٦/١ ، شرح المنتهى ٢٤٨/٢ ، كشاف القناع ٣٥٦/٣ .

وبدائع الصنائع ٣٤١٢/٧ ، الهداية ١٠٣/٣ ، الاختيار ١٧٠/٢ ، مختصر الطحاوى ١٠٤ ، العناية مع فتح القدير ٢٠٤/٧ ، تبيين الحقائق ١٥٩/٤ ، مجمع الأنهر ١٣٦/٢ .

م ١٣٤

وقال أبوحنيفة[١]: إذا مات معسراً سقط عنه دينه ، ولم يصح ضمانه عنه ./
استدلالاً بأن الحقوق تثبت فى أحد محلين :
إما فى ذمة ، أو عين .
والميت لاذمة [له[٢]] - فيثبت الدين فيها - والمعسر ليس له عين مال يتعلق الحق بها .
فثبت أن[٣]دين الميت إذا كان معسراً ساقط ؛ لعدم محل يتعلق به ، [ويثبت فيه][٤][٥].

ودليلنا عليه من وجهين :
أحدهما : أن دين الميت لايسقط بإعساره .
[والثانى : جواز ضمان دينه مع إعساره .
فأما الدليل على أن دين الميت لا يسقط بإعساره][٦] فقوله صلى الله عليه وسلّم: «نفس المؤمن معلّقة بدينه حتى يقضى عنه »[٧].
فكان على عمومه .
ولأن من أخذت ديونه من ماله لم تسقط بإعساره - كالحيّ .
ولأن من لزمه الدين إذا كان حياً لزمه إذا كان ميتاً - كالموسر .
ولأن موت المعسر مؤثر فى تأخير الحق ، فلم يمنع من ثبوته - كإعسار الحيّ .
ولأن براءة المضمون عنه براءة الضامن[٨]؛ ثم ثبت أن رجلاً لو ضمن عن رجل مالاً ثم مات المضمون عنه معسراً لم يبرأ الضامن - فدل على أن الحق لازم للمضهون عنه ، لم يسقط عنه بموته معسراً [٩].

١- دون صاحبيه - كما تقدم .
٢- سقطت من : د .
٣- هنا تكرار فى : ب .
٤- سقط من : جـ و م .
٥- مصادر الحنفية السابقة .
٦- سقط من : أ و د ، وسقط من جـ كلمة (بإعساره) فقط .
٧- سبق تخريجه ص ٢٤٣.
٨- كما سبق ص ٢٨٤.
٩- انظر المصادر السابقة للجمهور .

وأما الدليل على أن ضمان دين الميت جائز مع إعساره فما روينا عن عليّ ، وأبى قتادة - رضي الله عنهما - أنهما ضمنا دين ميتين امتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة على جنائزهما ؛ لأنهما لم يتركا وفاء[١].

ولو تركا وفاء لم يمتنع من الصلاة عليهما - بل قد كان الذى[٢] ضمن عنه عليّ رضي الله عنه رجل من أهل الصفة[٣]- فلو كان الدين يسقط عنه بالموت لم يمتنع من الصلاة عليه .

ولا خبر بإبطال الضمان عنهما ./ ١٣٤ ب

ولأن كل من صح ضمان دينه مع يساره[٤] صح ضمان دينه مع إعساره - كالحي .

ولأن كل من صح ضمان دينه إذا كان حيا صح ضمان دينه إذا كان ميتا - كالموسر .

ولأن كل مالم يكن شرطاً فى ضمان الدين عن الحي لم يكن شرطاً فى ضمان الدين عن الميت - أصله وجود عين المال المضمون ، لما لم[٥] يكن شرطاً [لم يكن[٦] اليسار به شرطاً[٧].

١- سبق تخريجهما ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ . وقد صح عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه نحو ذلك .

٢- فى ب : الدين .

٣- أهل الصُّفَّة زهاد من الصحابة رضى الله عنهم وهم الفقراء والغرباء كانوا يأوون إلى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ، وكانت لهم فى آخره صُفَّة وهى مكان مقتطع من المسجد مظلل عليه - يبيتون فيه ويأوون إليه .

وأصله من صُفَّ البيت وهو شيء كالظلة قدامه .

تهذيب الأسماء مج٣ جـ١ ق٢ / ١٧٧ ، القاموس ١٠٧٠ .

وقد وردت بعض أخبارهم فى حلية الأولياء ٣٣٧/١ - وما بعدها ، مستدرك الحاكم ١٥/٣ .

٤- فى د : مع فساده .

٥- فى د : مالم يكن .

٦- هنا خلط فى : جـ ، وسقط إلى قوله : استدلالهم .

٧- ومن حجج الجمهور كذلك :

أن الدين لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ولأنه دين ثابت لأنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه .

انظر : المغنى لابن قامه ٤٠١/٤ ، بدائع الصنائع ٣٤١٢/٧ ، الهداية ١٠٣/٣ .

فأما الجواب عن استدلالهم[١]] بأنه لم يبق لدين الميت المعسر محل :

فهو : أنه استدلال يمنع[٢] إجماعاً - لأنهم أجمعوا[٣] أن الميت يلقى الله تعالى يوم يلقاه بوجوب الدين[٤]عليه ، ويستحق صاحب الدين يوم القيامة عوضاً به ، ولو كان قد سقط [بموته[٥]] لما استحق ذلك عليه - .

وإذا كان الإجماع على هذا حاصلاً ، كان ما استدل به باطلاً [٦].

أ- فصل : (**ضمان الحال والمؤجل وما يترتب على ذلك - بالتفصيل**) :

لا يخلو حال الدين المضمون من أحد أمرين :

إما أن يكون حالاً ، أو مؤجلاً .

فإن كان حالاً جاز أن يضمنه الضامن حالاً ، وجاز أن يضمنه مؤجلاً[٧]- فلا يستحق مطالبة الضامن إلا عند حلول الأجل الذى ضمن إليه ، لأنه لم يدخل فى الضمان إلا باشتراط الأجل - ويطالب به المضمون عنه حالاً .

وهذا بخلاف الحوالة التى لا يجوز أن تقع مؤجلة فى حالّ ، ولا حالة فى مؤجل[٨].

لأن الحوالة توجب تحول الحق على مثل صفته ، والضمان وثيقة فى الحق على ما عقد به .

١- نهاية الساقط من : جـ .

٢- فى ب و جـ و م : بدفع إجماع ، وفى د : يدفع إجماعاً .

٣- اتفق العلماء على أن دين الميت لا يسقط إذا ترك مالاً لأن دينه يتعلق بالمال بعد موته .

ووقع الخلاف في مسائل تتعلق بدين الميت منها :

المسألة التى يبحثها المصنف هنا وهى إذا مات وهو مفلس فعند الجمهور لا يسقط دينه ويصح ضمانه ، ثم اختلفوا فى سقوطه عنه بعد الضمان ، وعند أبى حنيفه يسقط دينه بموته وإعساره - وقد سبقت المصادر قريباً .

ومنها حلول ذاك الدين بموته - إذا كان مؤجلاً وستأتى ص ٣١١ ، ٣١٢ .

وانظر : بدائع الصنائع ٧/ ٣١٧٥ ، ٣٤١٢ ، بداية المجتهد ٢/٢٨٦ ، ٢٩٨ ، الأم ٣/٢١ ، ٢٣٤ ، المغنى لابن قدامة ٤/٤٠١ ، ٤٠٧ ، الإفصاح ١/٣٨٦ ، الإشراف لابن المنذر ١/١٢٢ .

٤- فى أ : الذى عليه .

٥- سقطت من : م .

٦- فى م : فاسداً .

٧- (إذا ضمن الحال مؤجلاً بأجل معلوم فوجهان : أحدهما لا يصح الضمان للاختلاف ، وأصحهما الصحة للحاجة ، وعلى هذا فالمذهب ثبوت الأجل فلا يطالب إلا كما التزم وبهذا قطع الجمهور ..) هكذا فى الفتح ١٠/٣٨٢ ، والروضة ٤/٢٦٢ ، ولم يذكر المصنف إلا الأصح .

وانظر : أدب القضاء لابن أبى الدم ٢/٣٦٠ ، مغنى المحتاج ٢/٢٠٧ ، نهاية المحتاج ٤/٤٥٧ .

٨- كما سبق ص ١٩٨.

وإن كان الدين مؤجلاً جاز أن يضمنه/الضامن إلى أجله ، وجاز أن يضمنه حالاً[١] .

ولا يجبر الضامن على التعجيل - وإن كان مشروطاً فى ضمانه[٢] .

وقال أبو العباس بن سريج : يؤخذ الضامن بتعجيل ما ضمنه ؛ لأجل شرطه .

وهذا غلط .

لأن حال الضامن أضعف من حال المضمون عنه ، فلما لم يلزم المضمون عنه تعجيل الدين المؤجل - وإن [٣]ألزمه [نفسه[٤]] - فالضامن أولى أن لا يلزمه .

وإذا كان كذلك قيل للضامن : الأولى لك أن تعجل ما ضمنت لتفي بشرطك ، فإن أبيت إلا الأجل المستحق لم تجبر عليه ، ويكون اشتراطك التعجيل زيادة تطوع منك - لا يلزمك إلا بالقبض .

فلو أطلق الضامن تعجيل ما ضمنه أو تأجيله [لزمه الضمان على صفة الدين - فى الحلول والأجل :

فإن كان الدين حالاً لزمه ضمانه حالاً .

وإن كان مؤجلاً لزمه[٥]] ضمانه مؤجلاً[٦] .

فلو كان الدين مؤجلاً فضمنه إلى أجله ، أو أطلق فلزمه الضمان إلى أجله ، ثم مات من عليه الدين[٧]حل دينه بموته[٨] .

١- فى ضمان المؤجل حالاً وجهان أصحهما الصحة .

المهذب ٣٤١/١ ، حلية العلماء ٥٧/٥ ، أدب القضاء ٣٦١/٢ ، الفتح ٣٨٢/١٠ ، الروضة ٢٦٢/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٧/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٨/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٦/٢ .

٢- هذا أصح الوجهين ، لأن الأصيل لا يلزمه التعجيل - كما ذكر المصنف .

انظر : المصادر السابقة .

٣- فى ب : فإن ، وفى م : إن .

٤- سقطت من : د .

٥- سقط من : د .

٦- الفتح ٣٨٢/١٠ ، الروضة ٢٦١/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٦/٢ .

٧- فى ب و جـ و د و م : من عليه الأجل .

٨- التنبيه ٧٥ ، أدب القضاء ٣٦٢/٢ ، الفتح ٣٨٥/١٠ ، الروضة ٢٦٥/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٩/٤ ، حاشية قليوبى ٣٣٠/٢ .

لأن الديون المؤجلة تحل بالموت عند كافة الفقهاء[١]. إلا طاوس[٢] والزُهريّ - لما نذكره في موضعه[٣].

١- الديون المؤجلة المتعلقة بالميت قسمان :
ديون له على الناس فهذه لا تحل بموته بالإجماع قال ابن المنذر :
(وأجمعوا على أن ديون الميت للناس (هي على الناس) على أجل لا تحل بموته - وهي إلى أجلها) . الإجماع ص٥٩.
وخالف الظاهرية فقالوا : تحل جميع الديون المتعلقة بالميت بموته سواء كانت له أو عليه .
وإن كانت عليه للناس فعند جمهور العلماء أنها تحل بالموت .
قال ابن شهاب :(مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات) بداية المجتهد ٢٨٦/٢ .
قال الإمام الشافعي :(وإذا مات الرجل وله على الناس ديون إلى أجل فهي إلى أجلها لا تحل بموته . ولو كانت الديون على الميت إلى أجل فلم أعلم مخالفا عنه ممن لقيت بأنها حالة) الأم ٢١٦/٣ .
والقول الثاني أن ديون الناس على الميت لا تحل بموته لحديث « من ترك حقا فلورثته » والتأجيل حق له فينتقل إلى ورثته .
وهذا قول طاووس والزهري ، وهو مذهب الحنابلة إذا وثق ورثة الميت الدين برهن أو كفيل مليء .
وقد فصّل ابن المنذر الكلام على هذه المسألة في الإشراف ١٢٢/١ فقال :
(واختلفوا في الدين يكون على الرجل إلى أجل فيموت الذي عليه الدين قبل محل الأجل :
فقالت طائفة : يحل بموته - هكذا قال الحسن البصري ، والشعبي ، والنخعي ، ومالك ، وسوار بن عبد الله ، والثوري ، والشافعي .
وفيه قول ثان وهو:أن الدين إلى أجله إذا وثق الورثة هذا قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن ، وأحمد ، وإسحاق ، وابن عبيد .
وفيه قول ثالث : وهو أن الدين إلى أجله - هكذا قال طاووس ، والزهري وأبو بكر بن محمد ، وسعدابن إبراهيم .
وفيه قول رابع وهو : أن الذي عليه الدين إذا أفلس أو مات وعليه دين إلى أجل فقد حل دينه إلا أن يقول الغرماء لصاحب الدين إلى أجل - خلّ بيننا وبين ماله ننتفع به إلى أجله ونحن ضامنون لك بحقك) .
وانظر : مصنف ابن أبي شيبه ٢٩٧/٦ ، بدائع الصنائع ٣١٧٥/٧ ، المدونة ١٣١/٤ ، بداية المجتهد ٢٨٦/٢ ، الخرشي ٢٧/٦ ، المهذب ٣٢٧/١ ، فتح العزيز ٣٨٦/١٠ ، الروضة ٢٦٥/٤ .
المغني لابن قدامة ٤٠٧/٤ ، الكافي ١٨٤/٢ ، الإنصاف ٢٠٨/٥ ، المحلى ٣٥٨/٦ .

٢- أبو عبد الرحمن : طاوس بن كيسان اليماني الحميري ، وقيل اسمه ذكوان وطاووس لقبه ، من كبار التابعين ، كان عالماً فاضلاً اتفقوا على علمه وصلاحه وحفظه . سمع ابن عباس وابن عمر وابن عمرو وأبا هريرة وجابر وغيرهم توفي بمنى في سابع ذي الحجة سنة ست ومائة (١٠٦ هـ) رحمه الله تعالى .
تهذيب التهذيب ٨/٥ ، تهذيب الأسماء ٢٥١/١ ، طبقات القراء ٣٤١/١ ، تذكرة الحفاظ ٩٠/١ ، حلية الأولياء ٣/٤ .

٣- قول طاووس والزهري في الإشراف لابن المنذر ١٢٢/١ ، وقد تكلم المصنف عن المسألة في كتاب التفليس ٣٢٢/٦ - النسخة المطبوعة من الحاوي .

فإذا حل الدين على المضمون عنه بموته كان على الضامن إلى أجله - لا يحل عليه بحلوله على المضمون عنه[١].

وللمضمون له مطالبة الضامن عند حلول أجله ، ومطالبة ورثة المضمون عنه حالاً من تركته .

فلو مات الضامن حل [ما[٢]] عليه ، وكان للمضون [له[٣]] أن يتعجل أخذه من تركته[٤]، وهو/على المضمون عنه إلى أجله . ١٣٥ ب

فلو تعجل المضمون له ذلك من تركة الضامن لم يكن لورثته أن يرجعوا به على المضمون عنه إلا عند حلول الأجل .

لأن إذنه فى الضمان إنما كان على شرط ألا يرجع به إلا عند حلول الأجل[٥].

ب- فصل : (**أقسام الأجال التى انعقد إليها الضمان**):

لا يخلو حال الآجال التى انعقد الضمان [إليها[٦]] من ثلاثة أقسام :

١- على الصحيح ، وقال ابن القطان : يحل على الضامن لأنه فرعه .

ومبنى هذه المسألة على الوجهين فى الأجل فى الضمان : هل هو فى حق الضامن مقصود أم تبع ؟ على القول بأن من ضمن المؤجل حالاًلا يلزمه التعجيل - وهو الأصح .

فإن كان فى حقه تابع حل ما عليه بموت الأصيل ، والإفلا .

ذكر هذا ابن أبى الدم فى أدب القضاء ٣٦٢/٢ ، والرافعى فى الفتح ٣٨٢/١٠ ، ٣٨٥ ، والنووى فى الروضة ٢٦٢/٤ ، ٢٦٥ .

وانظر : مغنى المحتاج ٢٠٧/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٨/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٦/٢ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ٣٣٠/٢ .

٢- ليست فى : أ .

٣- فى د : للمضون أن .

٤- وفى وجه شاذ : لا يحل بموت الضامن .

الفتح ٣٨٦/١٠ ، الروضة ٢٦٥/٤ .

٥- حلية العلماء ٥٨/٥ ، أدب القضاء ٣٦٢/٢ ، الفتح ٣٨٦/١٠ ، الروضة ٢٦٥/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤٦٠/٤ .

٦- سقطت من : ج ، وفى د : عليها .

أحدها : ما تعين وقتها ولم يختلف - كشهور الأهلّة ، والسنين الهلالية[١]- فالضمان إليها جائز ، وكذلك تأجيل الأثمان إليها .

والقسم الثانى : ما عرفت جملتها ، ولم يتعين وقتها - كالنوروز[٢] ، والمهرجان[٣] ، وفصح[٤] النصارى[٥][٦]- فتأجيل الأثمان إليه لا يجوز[٧].

وفى جواز[٨]تأجيل الضمان إليه قولان - حكاهما ابن سريج[٩].

والقسم الثالث : ما جهل وقتها ، ولم تعرف جملتها - كمجىء المطر ، وهجوم البرْد ، وخروج الحاج ، وقدوم الغزاة[١٠][١١]- فلا يصح أن يكون هذا كله أجلاً فى الأثمان ، ولا فى الضمان[١٢].

فإن شرط فى الأثمان بطل العقد .

١- نسبة إلى الهلال - وهو غرة القمر - لأنها تحسب بذلك .
انظر : القاموس ١٣٨٤ ، المصباح ٦٣٩ .

٢- النوروز ، ويقال : النيروز معرّب - وهو بالياء أشهر : أول يوم من الصيف وهو عند حلول الشمس فى برج الحمل .
القاموس ٦٧٧ ، المصباح ٥٩٩ ، النظم المستعذب ٢٩٩/١ ، الروضة ٨/٤ .

٣- المهرجان : أول يوم من الشتاء ، وقيل يوم عشرين من أيلول وذلك عند حلول الشمس فى برج الميزان .
وعكس الشربينى فى مغنى المحتاج ١٠٥/٢ فقال : النيروز هونزول الشمس فى برج الميزان ، والمهرجان بكسر الميم وقت نزولها برج الحمل .
وانظر : النظم المستعذب ٢٩٩/١ ، الروضة ٨/٤ .

٤- فى جـ و د : فسح .

٥- فصح النصارى : بكسر الفاء وسكون الصاد المهلة ثم حاء مهملة - وهو عيد النصارى
وأفصح النصارى إذا جاء فصحهم - ويكون بعد صومهم فيأكلون فيه اللحم ويفطرون وهو يوم الأحد الكائن بعد انتهاء صومهم الذى يستمر ثمانية وأربعين يوماً .
القاموس ٢٩٩ ، المصباح المنير ٤٧٣ ، تهذيب الأسماء مجلد ٣ جـ٢ ق٢ ٧٢/ .

٦- قد تكون هذه الأيام التي مثل بها مما تعين وقتها - بناءً على تعريفاتها السابقة أعلاه .

٧- فى أ : فتأجيل الأثمان إليها يجوز .

٨- فى أ : وفى تأجيل الضمان إليها ، وفى ب : وفى جواز الضمان ، وفى جـ : وفى جواز تعجيل الضمان.

٩- انظر : الأم ٩٦/٣ ، المختصر ١٨٩ ، المهذب ٢٩٩/١ ، الروضة ٧/٤ ، ٨ ، مغنى المحتاج ١٠٥/٢ كتاب البيوع من الحاوى - محقق فى رسالة دكتوراة بالجامعة - ١٣٧٥/٣ .
وفى الروضة : التوقيت بشهور الفرس والروم جائز كشهور العرب لأنها معلومة .
وكذا التوقيت بالنيروز والمهرجان جائز على الصحيح . وفى وجه : لا يصح .
ولو وقت بفصح النصارى : نص الشافعى رضى الله عنه أنه لا يصح ، فقال بعض الأصحاب بظاهره - اجتنابا لمواقيت الكفار .
وقال جمهور الأصحاب : إن اختص بمعرفته الكفار لم يصح ؛ لأنه لا اعتماد على قولهم .
وإن عرفه المسلمون جاز كالنيروز .

١٠- فى د : وخروج الخارج وقدوم الغائب .

١١- هذه الأمثلة متفاوتة في الجهالة .

١٢- المصادر السابقة (هامش ٩) .

وإن شرط فى الضمان ففى بطلانه قولان - من اختلاف قوليه فى الضمان إذا شرط فيه خيار الثلاث : بطل الخيار ، وفى بطلان الضمان قولان .[١]

وأما الأجل إلى الحصاد والدياس[٢] والجذاذ[٣] فضربان :[٤].

أحدهما : أن يراد به فعل الآدميين له : فباطل - لا يجوز أن يكون أجلاً فى الأثمان ، ولا فى الضمان - كالعطاء وخروج الحاج[٥].

والضرب الثانى : أن يراد زمانه الذى/يصلح فيه : ١٣٦ أ

قال أبو العباس : فهذا من القسم الذى عرفت جملته ، ولم يتعين وقته ؛ فلا يصح تأجيل الأثمان إليه .

وفى [جواز[٦]] تأجيل الضمان إليه قولان[٧].

١٢- مسألة : (أحكام ضمان العبد والضمان عنه) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى : (ولا تجوز كفالة العبد المأذون له فى التجارة - لأن هذا استهلاك)[٨].

[اعلم أن ضمان العبد ، والضمان عنه ينقسم إلى خمسة فصول : فالفصل الأول - وهو مسألة الكتاب][٩]: أن يضمن العبد عن رجل أجنبى مالاً لرجل أجنبى .

١- المهذب ٣٤١/١ ، التنبيه ٧٥ ، حلية العلماء ٧٧/٥ ، أدب القضاء لابن أبى الدم ٢/ ٣٦١ ، ٣٦٨ ، الفتح ٣٨٠/١٠ ، ٣٨٣ ، الروضة ٢٦٠/٤ ، ٢٦٣ .

والذي وجدته أنهما وجهان - وقد ذكر النووي في الروضة ٢٦٣/٤ أنه إذا بطل الشرط ففي بطلان الضمان وجهان - أصحهما : البطلان .

٢- داس الرجل الحنطة يدوسها دوساً ودياساً . مأخوذ من داس الأرض دوساً إذا شدد وطأه عليها بقدمه. ويقال : الدياس والدراس - وفائدته فصل الحب .
القاموس ٧٠٤ ، المصباح ٢٠٣ .

٣- الجذاذ والجداد بالذال المعجمة أو الدال المهملة - القطع ، والمراد به هنا : قطع الثمر وصرامها . والحصاد قطع الزرع - وهو بكسر الحاء وفتحها .
القاموس ٣٤٦ ، ٤٢٣ ، ٣٥٤ ، المصباح ٩٢ . ٩٤ ، ١٣٨ ، النظم المستعذب ١٥٧/١ .

٤- انظر : المهذب ٢٩٩/١ ، الروضة ٧/٤ .

٥- فى د : وخروج الخارج .

٦- سقطت من : ج .

٧- سبق الكلام عن ذلك في القسم الثاني .

٨- المختصر ٢٠٧ ، الأم ٢٣٤/٣ .

٩- سقط من : د .

فلا يخلو حال العبد من : أن يكون مأذوناله فى التجارة ، أو غير مأذون له فى التجارة .

فإن كان غير مأذون[1] له فى التجارة فلا يخلو ضمانه من :

أن يكون بإذن سيده ، أو بغير إذنه .

فإن ضمن بإذن سيده صح ضمانه .

وكان فى ذمته يؤديه بعد عتقه[2].

وقال أبو علي الطبرى فى «إفصاحه» : إن ضمانه إذا كان عن إذن السيد فى كسبه - كما لو أذن له السيد فى التزويج ، كان المهر والنفقة من كسبه .

وهذا غير صحيح ؛ لأن إذن السيد له بالضمان إنما هو إذن بالمعاملة ، فصار كمالو أذن له بالمبايعة - ثم لو ابتاع العبد مالاً بإذن سيده . [كان الثمن فى ذمته دون كسبه - وإن كان عن إذن سيده[3]] فكذا الضمان .

وليس كذلك إذنه فى التزويج ؛ لأنه استمتاع لا يحصل له إلا بالمهر والنفقة - فتعلق ذلك بالكسب .

وإن كان ضمان العبد بغير إذن سيده ففى ضمانه وجهان[4]:

أحدهما - وهو محكيّ عن ابن سريج ، وأبي سعيد الإصطخرى - : أن ضمانه/ باطل . ١٣٦ ب

لأن الضمان عقد ، فبطل بغير إذن السيد كالبيع .

١- فى أ : فإن كان مأذونا له .

٢- المهذب ٣٤٠/١ ، حلية العلماء ٤٩/٥ ، الفتح ٣٦١/١٠ ، الروضة ٢٤٣/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٩/٢ نهاية المحتاج ٤٣٧/٤ ، أسنى المطالب ٢٣٦/٢ ، حاشيتى قليوبى وعميرة ٣٢٤/٢ .

وذكرا فى الفتح والروضة أن هذه المسألة فيها أوجه أصحها : يتعلق بما كسبه بعد الإذن وهذا قول الطبرى الذى ذكره المصنف ، ورد عليه .

والوجه الثانى : يكون فى ذمته إلى أن يعتق لأن السيد أذن فى الالتزام دون الأداء . وهذا ما صححه المصنف.

والثالث يتعلق برقبة العبد .

٣- سقط من : د .

٤- المهذب ٣٣٩/١ ، التنبيه ٧٤ ، حلية العلماء ٤٨/٥ ، الفتح ٣٦١/١٠ ، الروضة ٢٤٢/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٩/٢ .

وأصح الوجهين أن ضمانه لا يصح- كما فى الروضة والمنهاج .

والوجه الثانى – وهو قول أبي عليّ بن أبى هريرة : أن ضمانه صحيح ، ويتعلق الضمان بذمته، يؤديه بعد عتقه – وجهاً واحداً .

لأن إذن السيد يعتبر فيما يلحقه ضرر [فيه[١]] وما تعلق بذمته من الضمان لا يدخل على السيد فيه ضرر فجاز[٢].

أ- فصل : (**ضمان العبد المأذون له فى التجارة**) :

وإذا كان العبد مأذوناً له في التجارة فلا يخلو :

أن يضمن فى ذمته ، أو فى مال التجارة .

فإن ضمن فى ذمته كان على ما مضى – إن كان بإذن السيد صح ، وإن كان بغير إذنه فعلى وجهين[٣].

وإن ضمن فى مال التجارة[٤] فلا يخلو :

أن يكون بإذن السيد ، أو بغير إذنه .

فإن ضمن بغير إذنه فضمانه باطل – لا يختلف .

لأن ما بيده مرصد للربح والزيادة[٥]؛ وهذا استهلاك[٦].

وإن ضمن فى مال التجارة بإذن سيده فلا يخلو :

أن يكون عليه دين فيما بيده ، أو لا دين عليه .

فإن لم يكن عليه دين صح ضمانه ، ويؤدى ما بيده فيه ؛ فإن وفى بضمانه وإلاّ كان الباقى منه فى المستقبل من كسبه ، فإن لم يكسب حتى عتق أداه بعد عتقه .

١- ليست فى : أ .

٢- فى أ : لا يدخله على السرقة ضمان فجاز !

٣- هما الوجهان السابقان قريباً .

٤- فصّل النووى رحمه الله تعالى أنواع معاملات العبيد فى الروضة ٥٦٨/٣ ، والمنهاج (مع مغنى المحتاج) ٩٩/٢ ، وانظر : المهذب ٣٨٩/١ .

٥- فى أ و د : والتجارة .

٦- فى القاموس المحيط ١٢٣٧ : استهلك المال : أنفقه وأنفده .

فإن قيل : فالحرّ إن ضمن مالاً [في مال][1] عينه بيده - ما حكمه ؟

قلنا : يكون الضمان باطلاً ، لأن الضمان من شروط صحته أن يكون ثابتاً فى محل يؤمن تلفه.

والفرق بينه وبين العبد : أن التعيين فيما بيد العبد [إنما[2]] يصرف إلى الأداء دون الضمان ؛ [لأن الضمان[3]] متعلق بذمته فصح .

م ١٣٧

والتعيين فى الحر انصرف إلى الضمان فبطل .

وإن كان على العبد دين فيما بيده من [مال[4]] التجارة فهل يصير العبد محجوراً عليه فى المال الذى بيده [لأجل ديونه أم لا ؟

على قولين - حكاهما ابن سريج[5]:

أحدهما : أنه لا حجر عليه فيما بيده[6]] إلا لسيده ، لأن ذلك ملكه[7] ، وهو فى حق من سوى السيد كالحر[8]- يجوز تصرفه مالم يحجر عليه بالفلس .

فعلى هذا يصح ضمانه .

١- سقطت من : م .

٢- ليست فى : ج .

٣- سقط من : د .

٤- سقطت من : د .

٥- نقلهما أبو بكر الشاشى فى حلية العلماء عن المصنف ٥/٥٠ ، وفى المهذب ١/٣٤٠ وجهان ، وقال النووى فى الروضة ٤/٢٤٣ : (فلو كان عليه ديون ففيه **أوجه** عن ابن سريج :
أحدها : يشارك المضمون له الغرماء - كسائر الديون .
والثانى : لا يتعلق الضمان بما في يده أصلاً ، لأنه كالمرهون بحقوق الغرماء .
والثالث : يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية للجانبين .
قلت : أصحها : الثالث ، والله أعلم ، وهذا إذا لم يحجر القاضى عليه ، فإن حجر باستدعاء الغرماء لم يتعلق الضمان بما فى يده قطعاً) وانظر الفتح ١٠/٣٦١ .

٦- سقط من : د . من قوله : لأجل ديونه .

٧- فى ب و م : لكون ذلك على ملكه .

٨- فى أ : كالحجر .

ولو كان السيد قد أذن له في هبة المال صحت هبته .

لأن إذن السيد يرفع[١] حجره - وليس عليه لمن سواه حجر .

والقول الثاني : أن العبد محجور عليه فيما بيده بدين غرمائه - كما كان محجوراً عليه في حق سيده .

لأن العبد يعامل بما في يده لضعف ذمته - بخلاف الحر[٢] .

وليس له أن يفعل ما يدخل [الضرر[٣]] على غرمائه - بهبة ولا غيرها . وإن كان عن إذن سيده.

فعلى[٤] هذا في ضمانه وجهان[٥]:

أحدهما: باطل ؛ لأنه صرفه إلى جهة لم يثبت فيها [الرجوع[٦]] .

والوجه الثاني : أن ضمانه جائز ؛ لأن الضمان لا يتعين في المال ، وإنما يتعين فيه الأداء .

فعلى هذا فيه وجهان[٧]:

أحدهما : أنه يكون فيما اكتسبه بعد الضمان ، وفيما فضل بعد ذلك من المال الذى كان بيده قبل [الضمان[٨]].

والوجه الثاني : أنه يكون في ذمته [يؤديه[٩]] بعد عتقه .

١- في أ : رفع ، وفي ب و جـ و م : يدفع .

٢- في م : كالحجر .

٣- سقطت من : د .

٤- في أ و ب و جـ : وإن كان عن إذن سيده فهذا في ضمانه وجهان .

٥- حلية العلماء ٥/ ٥٠، ٧٧ ، وانظر : أدب القضاء لابن أبي الدم ٢/ ٣٦١ ، ٣٦٨ ، الفتح ١٠/ ٣٨٣ ، الروضة ٤/ ٢٦٣ ، وفي الفتح والروضة أنه إذا بطل شرط في الضمان ففي بطلان الضمان وجهان أصحهما أنه يبطل - وانظر ما سبق ص ٣١٥.

٦- سقطت من : أ و ب و جـ و م .

٧- انظر : حلية العلماء ٥/ ٥١ والوجهين السابقين ص ٣١٦.

٨- سقطت من : د.

٩- سقطت من : أ .

ب- فصل : (**ضمان العبد عن سيده مالا لأجنبى**) :

١٣٧ب

والفصل الثانى هو : أن يضمن العبد مالاً عن سيده لأجنبى .

فيصح ضمانه إذا كان/بأمر سيده ؛ لأن العبد قد يلزمه الدين كالحرّ - فصار ضمانه عن سيده كضمان غيره .

وليس للسيد أن يجبر عبده على الضمان [عنه[1]] ؛ [لأن الضمان[2]عقد[3]] لا يصح مع الإجبار .

فإن أدى العبد عن سيده مال ضمانه[4] فى حال رقه لم يستحق على سيده الرجوع به .

لأن ما بيد العبد ملك لسيده ، فلم يصح أن يجب له فى ذمة سيده مال .

وإن أد اه عن السيد بعد عتقه ففى رجوعه بذلك على سيده وجهان[5]:

أحدهما - وهو قول أبى العباس : له الرجوع على سيده بما أدى عنه بعد عتقه .

لأنه أداه فى حال يصح أن يثبت له فى ذمة سيده دين .

والوجه الثانى - قاله أبو حامد المروروذى فى «جامعه» : لا رجوع له بذلك على سيده .

لأنه قد كان ضمنه عنه فى حال لايثبت[6] له حق فى ذمة سيده .

فاعتبر أبو حامد حال الضمان ، وأبو العباس حال الأداء .

جـ- فصل : (**إذا ضمن العبد مالا لسيده عن أجنبى**) :

والفصل الثالث هو : أن يضمن العبد مالاً لسيده عن أجنبي :

١- سقطت من : جـ .

٢- فى أ و جـ : عنه لا يصح .

٣- ما بين المعقوفتين ساقط من : د .

٤- فى جـ : مالاً ضمنه .

٥- حلية العلماء ٥/٥١ ، الفتح ١٠/٣٦٢ ، الروضة ٤/٢٤٤ ، مغنى المحتاج ٢/١٩٩ .

وفى الفتح و الروضة : (إن أدى قبل عتقه فلا رجوع ، وبعده وجهان بناء على مالو أجرّه ثم أعتقه فى المدة ، هل يرجع بأجرة المثل لما بقى؟) .

وقد رجّح النووى فى الإجارة ٥/٢٥١ عدم الرجوع فقال : (ولا يرجع على السيد بأجرة المثل للمدة الواقعة بعد العتق على الأظهر الجديد ، وقيل : على الأصح).

٦- فى د : فى حال يصح أن لا يثبت له حق فى ذمته .

فمذهب الشافعي[١]: أن ضمانه باطل ؛ لأن السيد لا يثبت له على عبده مال .

وقال أبو العباس : ضمانه لسيده [جائز[٢]] ؛ لأن السيد [إنما[٣]] لم يصح أن يثبت له في رقبة[٤]عبده مال لأنه يملك الرقبة ، ويصح أن يثبت له في ذمته مال لأنه لا يملك الذمة .

ثم لا يكون للسيد أن يطالب عبده بالضمان إلا بعد عتقه .

فإن كان أبو العباس يقول في مبايعة السيد لعبده مثل ما يقوله في الضمان فقد جرى على القياس - وكان لقوله/ [وجه[٥]] .

١٣٨ أ

وإن كان يمنع من مبايعته فقد ناقض ، وفسد مذهبه .

ولست أعرف عنه في البيع نصاً - إلا ما حكى عنه من تجويزه بيع السيد عبده على نفسه ، فيصير العبد بابتياع نفسه حراً ، ويؤدي ثمن نفسه بعد عتقه .

ومنع غيره من أصحابنا من بيع السيد عبده على نفسه - كما لا يجوز أن يبيع عليه غير نفسه[٦] .

فيحتمل أن يكون أبو العباس ترك القياس ، وتخير[٧] الأمرين .

ويحتمل أن يفرق بينهما بأن بيع نفسه [عليه[٨]] مفض إلى عتقه ؛ فجاز .

وبيع غير نفسه عليه لا يفضي إلى عتقه ؛ فلم يجز - لفضل[٩]مزية العتق .

١- قال الإمام الشافعي في الأم ٥١/٨ (حمالة العبيد) (ولا يجوز أن يكاتب الرجل عبيده على أن بعضهم حملاء عن بعض ، لأنه لا يجوز للمكاتب أن يثبت على نفسه ديناً على غيره لسيده ولا لغيره ، وليس في الحمالة شيء يملكه العبد).
وقال أيضاً (ولا يجوز أن يحمل له عبده عن عبد له ولا عن عبد لغيره ولا عن أجنبي ، لأنه لا يكون له على عبده دين ثابت بكتابة ولا غيرها) .
وانظر : حلية العلماء ٥١/٥ ، الفتح ٣٦٢/١٠ ، الروضة ٢٤٤/٤ ، مغني المحتاج ١٠٠/٢ .

٢- سقطت من : د .

٣- ليست في : ب و جـ و د .

٤- في ذمته مال .

٥- سقطت من : أ .

٦- انظر هذه المسألة في : المهذب ٣٤٤/٢ ، الروضة ٢١١/١٢ ، وفي المهذب (واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة يجوز قولاً واحداً .
وذهب القاضي أبو حامد المروروذي والشيخ أبو حامد الإسفرايني رحمهما الله إلى أنهما على قولين أحدهما : أنه يجوز لأنه إذا جازت كتابته فلأن يجوز بيعه - وهو أثبت والعتق فيه أسرع - أولى والثاني : لا يجوز لأنه لا يجوز بيعه بما في يده لأنه للمولى ، ولا يجوز بمال في ذمته لأن المولى لا يثبت له مال في ذمة عبده) ثم صحح أنه يجوز .

٧- في ب : وتحرير الأمرين .

٨- سقطت من : جـ .

٩- في جـ و م : لفقد .

د- فصل : (**ضمان السيد عن عبده مالا لأجنبى**) :

والفصل الرابع وهو : أن يضمن السيد عن عبده مالاً لأجنبى .

فيصح[١] ضمانه عنه ؛ لأن العبد قد يلزمه الدين كما يلزم الحر[٢] ، والسيد[٣] لا يلزمه دين عبده فجاز أن يلتزمه بضمانه .

فإن أداه السيد عن عبده قبل عتقه لم يرجع به عليه .

وإن أداه بعد عتقه فعلى وجهين :[٤]

أحدهما - وهو قول أبى العباس - : يرجع به - اعتباراً بحال الأداء .

والثانى - وهو قول أبى حامد : لا يرجع به - اعتباراً بوقت[٥] الضمان .

هـ - فصل : (**ضمان السيد لعبده مالا عن أجنبى**) :

والفصل الخامس : أن يضمن السيد لعبده مالاً عن أجنبى ؛ فلا يخلو حال العبد من أحد أمرين:

إما أن يكون عليه دين من تجارة مأذون[٦] فيها ، أم لا .

فإن لم يكن عليه دين فالضمان باطل ؛ لأن مال العبد لسيده ، فصار ضمان السيد لعبده كضمانه لنفسه - فبطل .

ب/١٣٨

وإن كان/على العبد دين[٧] ففى ضمان السيد له وجهان[٨]- من اختلاف قوله فى غرماء العبد: هل يستحقون حجراً عليه بديونهم ، أم لا ؟[٩].

فإن قيل : لا حجر لهم عليه[١٠] فضمان السيد له باطل .

وإن قيل : إن لهم حجراً عليه فضمان السيد له جائز .

فإن قضى [العبد دينه برىء السيد من ضمانه - إلا أن يقضيه العبد بعد عتقه فلا يبرأ السيد من ضمانه ، وعليه أداء ذلك إلى[١١]] العبد [بعد[١٢]] عتقه[١٣].

١- فى أ و ب و د و م : فيجوز .

٢- فى د : الحجر .

٣- فى م : والعبد .

٤- انظر الوجهين ص ٣٢٠.

٥- فى أ : بحال الضمان .

٦- فى ب و جـ و د : مأذوناً فيها .

٧- فى جـ : مال .

٨- حلية العلماء ٥/٥١ ونقلهما النووي في الروضة ٤/٢٤٤ - عن الحاوي ، ولم يصحح أحدهما .

٩- سبقت هذه المسألة ص ٣١٨.

١٠- فى أ : لا حجر عليهم .

١١ - سقط من : جـ .

١٢- سقطت من : د .

١٣- انظر ما سبق ص ٣٢٠.

١٣- مسألة : (**ضمان المدبّر وأم الولد**) :

قال الشافعي - رحمه الله تعالى : (وكذلك ضمان المدبر ، وأم الولد)[١].

وهذا كما قال .

المدبرّ وأم الولد[٢] في عقودهما كالعبد - لا شتراكهما في الرق[٣]- فضمانهما[٤] والضمان عنهما على ما ذكرنا[٥] من العبد في ضمانه ، والضمان عنه .

فأما ضمان المكاتب فضربان :

أحدهما : أن يضمن في ذمته ؛ فضمانه جائز بإذن السيد ، وغير إذنه .

لأن المكاتب أملك لذمته من العبد .

والثاني : أن يضمن فيما بيده :

فإن كان بغير[٦] إذن سيده فضمانه باطل[٧] ، وإن كان بإذنه فعلى قولين[٨] :

أحدهما : أنه جائز - كالعبد .

والثاني : لا يجوز ؛ لأن حق السيد في مال المكاتب لأجل كتابته - فلم يكن إذنه في غير الكتابة مؤثراً .

١- لم أجد هذه المسألة في الأم والمختصر .

٢- أم الولد هي الأمة التي حملت من سيدها فولدت منه .

وأحكامها مبسوطة في : المختصر ٤٤٢ ، المهذب ١٩/٢ ، الروضة ٣١٠/١٢ ، مغني المحتاج ٥٣٨/٤ .

٣- الرق بكسر الراء العبودية .

القاموس المحيط ١١٤٦ ، المصباح المنير ٢٣٥ ، أنيس الفقهاء ١٥٢ .

٤- في د : فضمانه .

٥- في المسألة السابقة بفصولها .

٦- في ب و د : بعد إذن سيده .

٧- المهذب ٣٤٠/١ ، حلية العلماء ٥٢/٥ ، الفتح ٣٦٢/١٠ ، الروضة ٢٤٣/٤ .

٨- هما القولان في تبرعاته وهما في الأم ٦٨/٨ ، المختصر ٤٣٧ .

ونص الأم : (وإذا أذن الرجل لمكاتبه أن يعتق عبده فأعتقه ، أو أذن له أن يكاتب عبده على شيء فكاتبه وأدى المكاتب الآخر قبل الذي كاتبه أو لم يؤد فلا يجوز في هذا إلا واحد من قولين : أحدهما أن العتق والكتابة باطل .. والقول الثاني : أن ذلك يجوز) .

وانظر : المهذب ١٣/٢ ، الروضة ٢٨١/١٢ والأظهر الصحة .

١٤ - مسألة : **(أنواع من الضمان الباطل)**:

قال الشافعى - رحمه الله تعالى : (ولو ضمن عن مكاتب ، أو مالاً [١]من يد وصى أو مقارض ، أو ضمن ذلك أحد منهم عن نفسه فالضمان فى ذلك كله باطل[٢]) وهذا صحيح .

قد ذكرنا أن الضمان لا يصح إلا لما كان مضمونا فى الذمة[٣].

فأما على المكاتب من مال الكتابة / فلا يصح ضمانه[٣]. ١٣٩ أ

لأنه ليس بلازم للمكاتب ؛ لأن له تعجيز[٤]نفسه وإسقاط مال الكتابة فإذا [كان[٥]] الأصل غير لازم فضمانه أولى أن يكون غير لازم .

وكذا الأموال التى فى يد من لا يضمنها - كمال الشركة ، والمضاربة والوديعة ، وما فى يد الأوصياء والأمناء- لا يصح ضمانه[٦].

لأنه غير مضمون على الذى هو فى يده - إلا أن يضمنوه بالاستهلاك فيستقر ضمان بدله فى ذممهم - فيجوز حينئذ ضمانه عنهم[٧].

فأما الأعيان المضمونه - كالغصوب [٨]، والعوارى - فيصح ضمان بدلها بعد استهلاكها .

فأما ضمان أعيانها مع بقائها[٩]فلا يصح على مذهب الشافعى .

وجوزه ابن سريج - وقد تقدم الكلام معه[١٠].

١- فى د : أولا .

٢- المختصر ٢٠٧ .

٣- مر ذلك ص ٢٤٥ ، ٢٦٨ .

٤- فى د : تعجل نفسه .

٥- سقطت من : ب و جـ و د .

٦- انظر ص ٢٤٥ .

٧- يضمن هؤلاء الأمناء إذا حصل منهم تعد أو تفريط - كما سبق ص ٢٤٥.

٨- فى جـ : بالغصوب ، وفى د : الغصوب ، وفى م : كالمغصوب .

٩- فى د : فأما الضمان مع بقائها .

١٠- ص ٢٤٦ .

١٥- مسألة :[١]**(أحكام ضمان المرأة ونحو ذلك) :**

قال الشافعي -رحمه الله تعالى- : (وضمان المرأة كالرجل)[٢].

وهذا صحيح - لأنّ الضمان عقد وثيقة فيصح من المرأة كالرهن .

ولأنه يوجب ثبوت المال فى الذمة كالبيع .

ويجوز ضمان المرأة بإذن زوجها ، وغير إذنه ، وأن تضمن المرأة لزوجها ، والزوج لا مرأته ، والأب لابنه ، والابن لأبيه - كما يصح بين الأجنبيين[٣].

١٦- مسألة : (ضمان الصغير والمجنون والمُبَرْسَم ونحوهم) :

قال الشافعي -رحمه الله تعالى : (ولا يجوز ضمان من لم يبلغ ، ولا مجنون [٤]، ولا مبرسم يهذى ، ولا مغمى عليه ، ولا أخرس لا يعقل الإشارة ، وإن كان يعقل الإشارة والكتاب فضمن لزمه)[٥]

وهذا كما قال .

ضمان الصبى والمجنون لا يصح ، [لارتفاع القلم عنهما ،

وكذا المبرسم[٦]، والمغمى عليه لا يصح/ضمانهما] [٧]لزوال عقلهما[٨].

١٣٩/ب

١- سقطت هذه المسألة - كلها - من : د .

٢- المختصر ٢٠٧ .

٣- الفتح ٣٦١/١٠ ، الروضة ٢٤٢/٤ ، مغنى المحتاج ٢٣٧/٢ ، نهاية المحتاج ٤٣٥/٤ .

٤- فى جـ : ولا مجنون ولا صغير .

٥- المختصر ٢٠٧ .

٦- المبَرْسَم من أصيب بمرض البِرْسَام وهو علة يهذى فيها لأنها تزيل العقل .

القاموس ١٣٩٥ ، المصباح المنير ٤١ ، تهذيب الأسماء مج ١ق٢٦/٢ ، النظم المستعذب ٥٠/١ .

٧- ما بين المعكوفتين سقط من : جـ .

٨- المهذب ٣٣٩/١ ، التنبيه ٧٤ ، الفتح ٣٦١/١٠ ، الروضة ٢٤١/٤ ، مغنى المحتاج ١٩٨/٢ ، أسنى المطالب ٢٣٦/٢ .

فإن قيل : فلم قال المزنى (ولا مبرسم يهذى) ؟

أيكون[١]الهذيان شرطاً فى بطلان ضمانه[٢] ؟

قلنا : لا اعتبار بالهذيان[٣]- فمتى كان المبرسم زائل العقل بطل ضمانه وسائر عقوده - سواء كان يهذى أم لا .

ولأصحابنا عن قوله : (يهذى) جوابان :

أحدهما : أنها زيادة ذكرها المزنى لغواً .

والجواب الثانى : أن لها فائدة - وذلك أن المبرسم يهذى فى أول بِرْسَامِه مع قوة جسمه ، فإذا تطاول به أضعف جسمه فلم يهذ .

فأبطل ضمانه فى الحال التى [يهذى فيها[٤]لينبه على بطلان ضمانه فى الحال[٥] التي هي[٦]] أغلظ منها[٧]؛ وهى الحال التى لا يهذى فيها[٨].

أ- فصل : (**ضمان الأخرس وحالاته**):

فأما الأخرس : فإن كان لا يعقل الإشارة بطل ضمانه ، وسائر عقوده[٩].

وإن كان يعقل الإشارة والكتابة فضمن بكتابته وإشارته صح [وكذلك سائر عقوده .

وإن ضمن بإشارته دون كتابته صح[١٠]] ضمانه[١١]؛ لأن الإشارة أقيمت[١٢]مقام نطقه .

١- فى جـ ود : ليكون .

٢- فى د : ضمانهما .

٣- فى أ : فى الهذيان .

٤- فى د : بها .

٥- فى جـ : فى الحال الأخرى وهى الحال التى هى أغلظ .

٦- ما بين المعقوفتين ساقط من : أ .

٧- فى د : هى أغلظ ومنه الحال التى .

٨- نقل النووى كلام المصنف هذا فى تهذيب الأسماء واللغات مج ٣/جـ١ق٢/٢٦ .

٩- فى الفتح ٣٦١/١٠ ، والروضة ٢٤١/٤ : (وأما الأخرس فإن لم يكن له إشارة مفهومة ولا كتابة لم نعرف أنه ضمن - حتى نصحح أو نبطل) . والأخرس هو من منع الكلام خلقه - المصباح ١٦٦ ، القاموس ٦٩٦ .

١٠- سقط من : أ .

١١- وفى وجه : لا يصح ضمانه ، لعدم الضرورة - ذكراه فى المصدرين السابقين .

١٢- فى ب و د و م : أقيمت فيه

وإن ضمن بكتابته دون إشارته لم يصح ضمانه[١]؛ لأن مجرد الكتابة لم تقم فيه مقام النطق – لاحتمالها[٢]– [حتى تنضم إليه[٣]الإشارة فيزول احتمالها[٤]][٥][٦].

ب- فصل : (**ضمان المريض**) :

فأما المريض : فضمانه معتبر من ثلث ماله لأنه تطوع .

فإن كان عليه دين يحيط بتركته بطل ضمانه .

وإن لم يكن عليه دين ، وكان قدرضمانه خارجاً [من ثلثه صح ضمانه .

وإن كان بعض ما ضمنه خارجاً[٧]] من ثلثه صح من ضمانه قدر ما احتمله الثلث ، وبطل منه مالم يحتمله الثلث .

فلو ضمن مالاً فى مرضه ثم أقر بعد ضمانه بدين يحيط بتركته فإن [الدين الذى[٨]] أقر به/ ١٤٠ أ أحق بما ترك من الضمان ؛ لان الدين واجب ، والضمان تطوع .

ولا يؤثر تأخير الإقرار بالدين ؛ لأنه واجب – تقدم الإقرار أو تأخر .

[فلو ضمن مالاً للورثة بطل الضمان – وإن احتمله الثلث[٩]–

لأن ضمانه وصية ، [والوصية][١٠] لا تصح لوارث][١١].

فلو ضمن فى مرضه مالاً وأداه فى مرضه ومات ولا مال له سواه فللورثه أن يرجعوا بجميع المال إن كان المضمون له وارثاً ، وبثلثيه[١٢]إن [كان[١٣]] المضمون له أجنبياً[١٤].

١- وفى الفتح والروضة (ولو ضمن بالكتابة فوجهان – سواء أحسن الإشارة أم لا – أصحهما : الصحة ، وذلك عند القرينة المشعرة) .

٢- فى جـ : لاحتمالهما .

٣- هكذا فى النسخ ولعلها (إليها) .

٤- فى جـ : احتمالهما .

٥- سقط من : د – من قوله : حتى .

٦- الفتح ٣٦١/١٠ ، الروضة ٢٤١/٤ ، أسنى المطالب ٢٣٦/٢ .

٧- سقط من : د .

٨- سقط من : جـ .

٩- فى جـ : فلما ضمن ماله الورثة بطل الضمان وإن احتمل الثلث .

١٠- سقطت من : أ و ب و م .

١١- سقط من : د – من قوله : فلو ضمن مالا .

١٢- فى أ و جـ : وبثلثه .

١٣- سقطت من : د .

١٤- تبرعات المريض يشترط لها عدم الزيادة عن الثلث وأن يكون التبرع لغير وارث وهذا الفصل مبنى على ذلك ، والمقصود هنا المريض مرضاً مخوفا .

انظر : المهذب ٤٥٣/١ ، الفتح ٣٦١/١٠ ، الروضة ٢٤٢/٤ ، مغنى المحتاج ٥٠/٣ ، وقد نقل النووى كلام المصنف – فى الروضة .

جـ- فصل : (ضمان المحجور عليه) :

فأما المحجور عليه بالسفه فضمانه باطل ؛ لبطلان عقوده .

وأما المحجور عليه بالفلس فضمانه صحيح على القولين[١] معاً ، ولا يشارك المضمون له الغرماء ؛ لأن ما استحقه بالضمان محدث[٢] بعد الحجر - ويكون مال الضمان فيما يستفيده بعد فك الحجر[٣] .

د- فصل : (ضمان السكران) :

فأما السكران : فإن كان سكره من غير معصية فضمانه باطل - كالمغمى عليه .

وإن كان سكره عن[٤] معصية فضمانه جائز كطلاقه .

ويجيء تخريج قول آخر - من القديم - : أن ضمانه باطل - إذا قيل [على القديم[٥]] : إن طلاقه غير واقع[٦] .

١- هما القولان فى تصرفات المحجور عليه بالفلس كالبيع والهبة والرهن والإعتاق ففيها قولان :
أحدهما : يجوز تصرفه ويوقف حتى يقضى دينه فإن فضل عنه شيء جاز التصرف .
والثانى : لا يصح تصرفه لتعلق حق الغرماء بالأعيان .
الأم ٣/ ٢١٤ ...، المختصر ٢٠٢ .
وذكر النووى فى الروضة ٤/ ١٣٠ و المنهاج - مع مغنى المحتاج ٢/ ١٤٨ أن الأظهر بطلان تصرفات المفلس .
أما الضمان فلا يجرى فيه القولان لأنه كالشراء ، والمفلس إذا اشترى فى ذمته صح وثبت ، وفى قول شاذ : لا يصح .
وانظر : المهذب ١/ ٣٢١ ، الروضة ٤/ ١٣١ ، ٢٤٢ .

٢- فى ب و جـ و د و م : مستحدث .

٣- المهذب ١/ ٣٣٩ ، التنبيه ٧٤ ، الروضة ٤/ ٢٤٢ ، مغنى المحتاج ٢/ ١٩٩ ، أسنى المطالب ٢/ ٢٣٦ .

٤- فى ب و جـ ود : من .

٥- ليست فى : جـ .

٦- تصرفات السكران عن معصية كلها - ماله وما عليه .. يجرى فيها قولان - على الصحيح - وبعضهم فرق بين تصرفاته ومنها : طلاقه وضمانه ، ووقوع طلاقه هو المذهب المنصوص .
انظر : الأم ٥/ ٢٧٠ ، المختصر ٢٩٩٨ ، ٣٠٦ ، المهذب ٢/ ٧٧ ، الروضة ٨/ ٦٢ .

١٧- مسألة : (أحكام كفالة الوجه):

قال المزني[١]-رحمه الله تعالى - :(وضعّف الشافعي كفالة الوجه في موضع ، وأجازها في موضع آخر - إلا في الحدود)[٢].

ولما مضى ضمان الأموال عقبه المزني بكفالة الأبدان[٣].

فإذا تكفل رجل بنفس رجل ولم يكن على المكفول مطالبة [بحق[٤]] فالكفالة[٥]باطلة .

وإن كان عليه ما يستحق المطالبة به فقد نصّ الشافعي في ثلاثة كتب/على جوازها : ١٤ب

نصّ عليه في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى[٦].

وفي كتاب الإقرار والمواهب[٧].

وفي كتاب الدعوى والبينات[٨].

[وذكر في موضعين ما يدل على فسادها فقال في كتاب الدعوى والبينات[٩]] بعد أن نصّ على جوازها : (غير أن الكفالة بالنفس ضعيفة[١٠])

وقال في موضع آخر : (ولا يكفل رجل في حد ولا لعان)[١١].

١- في ب و جـ : قال الشافعي : لا تجوز كفالة الوجوه في موضع .

٢- المختصر ٢٠٧ .

٣- سبق ص ٢٣٠ ، أن الكفالة والضمان يشتركان لغة في معنى الالتزام والتحمل أما في الاصطلاح فقد ذكر المصنف ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ : أن الضمين يستعمل في الأموال والكفيل في الأبدان أو النفوس - ولذلك تسمى كفالة الوجه .

٤- سقطت من : جـ .

٥- في د : والكفالة .

٦- فقال في الأم ١٢٤/٧ : (وإذا كان للرجل على الرجل المال وكفل به آخر فلرب المال أن يأخذهما وكل واحد منهما ، ولا يبرأ كل واحد منهما حتى يستوفي ماله إذا كانت الكفالة مطلقة ..) .
وانظر أيضاً : الأم ٢٣٥/٣ ، المختصر ٢٠٧ .

٧- حيث قال في الأم ٢٤٢/٦ (ولو كفل له بما لزم رجلاً في جرح وقد عرف الجرح ، والجرح عمد فقال : أنا كافل لك بما لزمه فيه من دية أو قصاص فإن .. أراد أرش الجرح فهوله والكفالة لازمة لأنها كفالة بمال)
وانظر المختصر ٢١٤ .

٨- في الأم ٢٤٧/٦ : (وإذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس أو مال فجحد الآخر فإن على المدعى الكفالة البينة .. غير أن الكفالة بالنفس ضعيفة) .
وهو في المختصر ٤٢٣ .

٩- سقط من : أ و م .

١٠- هذه العبارة جزء من النص السابق في هامش ٨ وفيه نص على جوازها ثم ضعفها .

١١- هو في كتاب اللعان : الأم ٣١٦/٥ حيث قال : (ولا يقبل رجل في حد ولا لعان) والقبيل الكفيل كما في القاموس ١٣٥١ ، وفي المختصر ٣١٩ (ولا يكفل ..)
وقال الإمام الشافعي أيضاً في الإقرار ٢٤٢/٦ : (ولا تلزم الكفالة بحد ولا قصاص ولا عقوبة ، ولا تلزم الكفالة إلا بالأموال).

فاختلف أصحابنا فى مذهب الشافعى - لاختلاف ما حكينا عنه :
فكان أبو إسحاق المروزى ، وأبو على بن أبى هريرة ، وأبو حامد المروروذى يقولون : كفالة النفس فى الحدود باطلة ، وفى الأموال على قولين(١) :
أحدهما : جائزة - وهو مذهب أبى حنيفة(٢) ، ومالك(٣) ، والفقهاء السبعة بالمدينة(٤) .
ودليل جوازها قوله تعالى : (قال لن أرسله معكم حتى تؤتونى موثقاً من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم)(٥) والموثق الكفيل(٦) .
فامتنع يعقوب عليه السلام من إرسال ولده مع إخوته إلا بكفيل [يكفل به(٧)] .

١- المهذب ٣٤٢/١ ، التنبيه ٧٥ ، حلية العلماء ٦٧/٥ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٦٣/٢ ، الفتح ٣٧٣/١٠ ، الروضة ٢٥٣/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٣/٢ .
وفى الفتح والروضة أنها صحيحة على المشهور ، وقيل تصح قطعاً ، وذكر النووى فى المنهاج أن المذهب صحتها - وهذا فيمن عليه مال ، أما من عليه حد لله تعالى فلا تصح كفالته .
وقال النووى أيضاً : (وضبط الإمام والغزالى من تكفل ببدنه فقالا : حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه ، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء أو يستحق إحضاره - تجوز الكفالة ببدنه) .
٢- وقاله صاحباه أيضاً: بدائع الصنائع ٣٤١٥/٧ ، الهداية ٩٦/٣ ، الاختيار ١٦٧/٢ ، تبيين الحقائق ١٤٧/٤، فتح القدير ١٦٤/٧ ، مجمع الأنهر ١٢٤/٢ ، الفتاوى الهندية ٢٥٨/٣ .
٣- المدونة ٢٥٢/٥ ، بداية المجتهد ٢٩٥/٢ ، الكافى ٧٩٤/٢ ، مواهب الجليل ١١٢/٥ . الخرشى ٣٤/٦ ، حاشية الدسوقى ٣٤٤/٣ ، قوانين الأحكام ٣٥٤ .
وهو مذهب الحنابلة كما فى : المغنى ٤١٥/٤ ، الكافى ٢٣٤/٢ ، المقنع ١١٨/٢ ، التنقيح ١٩٧ ، الإنصاف ٢٠٩/٥ ، شرح المنتهى ٢٥٢/٢ ، كشاف القناع ٣٦٢/٣ .
٤- الفقهاء السبعة بالمدينة هم : سعيد بن المسيب ، عروة بن الزبير ، القاسم بن محمد ، عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة بن مسعود ، خارجة بن زيد ، سليمان بن يسار ، واختلف فى السابع فقيل : سالم ابن عبد الله ، وقيل أبو سلمه بن عبد الرحمن ، وقيل أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام .
ذكر ذلك النووى فى تهذيب الأسماء فى ترجمة خارجة بن زيد ١٧٢/١ ، وانظر فتح المغيث ٥٦/٢ ، تدريب الراوى ٤٢١ .
٥- سورة يوسف من الآية ٦٦ .
٦- ذكر المصنف فى تفسيره النكت والعيون ٨٥/٣ أن (فى هذا الموثق ثلاثة أوجه :
أحدها : أنه إشهادهم الله على أنفسهم . والثانى : أنه حلفهم بالله - قاله السدى
الثالث : أنه كفيل يتكفل بهم) .
وفى أكثر كتب التفسير أن المقصود بالموثق هنا هو العهد الذى يوثق به أو الحلف .
انظر : تفسير الطبرى ١٢/١٣ ، تفسير القرطبى ٢٢٥/٩ ، الكشاف ٤٨٧/٢ ، فتح القدير للشوكانى ٣٩/٣.
٧- سقطت من : أ .

وروي أن [١] العباس بن عبد المطلب تكفل بأبى سفيان بن[٢]حرب عام الفتح - لرسول الله صلى الله عليه وسلم[٣].

وروى أن على بن أبى طالب - رضى الله عنه - أخذ من عبد الله[٤]بن عمر[٥]كفيلا بنفسه حين توقف[٦]عن بيعته ؛ فكفلت به أم كلثوم[٧]بنت على لأنها كانت زوجة عمر - وقيل بل كفلت به أخته حفصة[٨][٩].

١- فى د : وروى ابن العباس أن عبد المطلب أن العباس تكفل - وهذا خلط .

٢- هو الصحابى صخر بن حرب بن أمية القرشى الأموى . أسلم زمن الفتح وكان شيخ مكة حينئذ ورئيس قريش ، وشهد حنيناً والطائف واليرموك ، كان من تجار مكة ومن أشراف قريش .
نزل المدينة وتوفى بها سنة إحدى وثلاثين هجريه ٣١هـ رضى الله عنه .
الإصابة ١٧٨/٢ ، الاستيعاب ١٩٠/٢ ، أسد الغابة ١٢/٣ ، تهذيب الأسماء ٢٣٩/٢ .

٣- ورد فى كتب التاريخ والسِّيَر أن العباس رضى الله عنه أجار أبا سفيان ليلة فتح مكة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للعباس : (اذهب فقد أمناه حتى تغدو به عليّ فى الغداة) .
ذكره ابن جرير فى تاريخه ٥٣/٣ ، من طريق الواقدى وهو (متروك مع سعة علمه) كما قال الحافظ فى التقريب ١١٧/٢ .
وذكر الخبر أيضاً ابن هشام فى السيرة مج ٤٠٣/٢ ، ابن كثير فى البداية ٢٩٠/٤ ، وفى السيرة النبوية ٥٤٨/٣ ابن الأثير فى الكامل ١٦٥/٢ ، ابن سيد الناس فى عيون الأثر ١٦٩/٢ .

٤- أبو عبد الرحمن الصحابى الجليل : عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشى - رضى الله عنهما - أسلم مع أبيه قبل بلوغه وهاجر قبل أبيه ، لم يشهد بدراً لصغر سنه ، واختلف فى شهوده أحداً ، ثم شهد الخندق وما بعدها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وشهد مؤته وفتح مصر وغير ذلك .
كان زاهداً شديد الاتباع لآثار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأكثر من الرواية حيث روى له ما يزيد عن ألف وستمائة حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وتوفى بمكة سنة ثلاث وسبعين هجريه ٧٣هـ رضى الله عنه - الإصابة ٣٤٧/٢ ، الاستيعاب ٣٤١/٢ ، تهذيب التهذيب ٣٢٨/٥ ، تذكرة الحفاظ ٣٧/١ ، تهذيب الأسماء ٢٧٨/١ .

٥- فى د : من عبد الله بن عمرو .

٦- فى جـ : حين تفرقت عنه بيعته .

٧- أم كلثوم بنت على بن أبى طالب ، وأمها فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولدت قبل وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وتزوجها عمر بن الخطاب رضى الله عنه فولدت له زيداً ورقيه وتوفيت هى وزيد فى يوم واحد - رضى الله عنهما .
الإصابة ٤٩٢/٤ ، الاستيعاب ٤٩٠/٤، أسد الغابة ٦١٤/٥ ، تهذيب الأسماء ٣٦٥/٢ .

٨- حفصة بنت عمر بن الخطاب - رضى الله عنهما - أم المؤمنين - من المهاجرات ، تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة ثلاث من الهجرة ، أوصى إليها عمر عند موته ، وأوصت إلى أخيها عبد الله ، روي لها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ستون حديثاً ، توفيت سنة إحدى وأربعين ٤١ هـ - وقيل غير ذلك - رضى الله تعالى عنها .
الإصابة ٢٧٣/٤ ، الاستيعاب ٢٦٨/٤ ، أسد الغابة ٤٢٥/٥ ، تهذيب الأسماء ٣٣٨/٢ .

٩- الذى وجدته أن عليا رضى الله عنه لما بويع بالخلافة جاءوا له بابن عمر فقال عليّ : بايع ، قال : لا أبايع حتى يبايع الناس .
قال : ائتنى بكفيل ، قال : لا أرى كفيلاً ، قال الأشتر : دعنى أضرب عنقه !
قال على : دعوه ، أنا كفيله .
تأريخ الطبرى ٤٢٨/٤ ، الكامل فى التأريخ ٩٨/٣ .

وروي أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن مسعود[١] - رضى الله عنه - فقال :
إنى مررت بعبد الله بن[٢] النواحة[٣] وهو يؤذن ، فسمعته يقول : أشهد أن مسيلمة[٤] رسول الله . !
فكذّبت سمعي ، ووقفت حتى سمعت أهل المسجد يضجون[٥]،[٦] فبعث ابن مسعود إلى ابن النواحة فدعاه وأصحابه وقال : ما صنعت بالقرآن الذى [كنت[٧]] تتلوه ؟!

٤١ب

١- الصحابى الجليل أبو عبد الرحمن : عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلى من السابقين إلى الإسلام ، هاجر الهجرتين وشهد بدراً وأحداً والخندق وغيرها وشهد بيعة الرضوان ، خدم النبى صلى الله عليه وسلم ، وشهد له رسول الله بالجنة .
روي له عن النبى صلى الله عليه وسلم ما يزيد على ثمانمائة وأربعين حديثا ، كان من كبار الصحابة وساداتهم وفقهائهم ومقدميهم فى القرآن والفتوى ..
نزل الكوفة فى آخر حياته وتوفى بها سنة اثنتين وثلاثين هجرية (٣٢هـ) رضى الله تعالى عنه .
الإصابة ٣٦٨/٢ ، الاستيعاب ٣١٦/٢ ، أسد الغابة ٣٥٦/٣ ، تهذيب الأسماء ٢٨٨/١ .

٢- فى د : بعبد الله بن رواحة !

٣- عبد الله بن النواحة من أتباع مسيلمة الكذاب ، وكان أحد رسوليه إلى النبى صلى الله عليه وسلم عندما زعم مسيلمة أنه نبيّ - فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لو كنت قاتلاً رسلا قتلتكما » رواه أحمد فى مسنده ٣٨٤/١ ، ٤٠٦ ، وأبوداود رقم ٢٧٦١ - أما ابن النواحة فبقى على ضلاله حتى أمر ابن مسعود بقتله ، وفى رواية الإمام أحمد أن ابن مسعود قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لو لا أنك رسول لقتلتك ، فأما اليوم فلست برسول ، يا خرشة قم فاضرب عنقه ؛ فقام إليه فضرب عنقه .
وانظر : البداية والنهاية ٥١/٥ .

٤- مسيلمة بن حبيب الكذاب ، ادعى النبوة وتبعه قومه ، وتزوج سجاح التى ادعت النبوة أيضا ، فقاتلهم أبو بكر الصديق رضى الله عنه سنة إحدى عشرة (١١هـ) وقُتِل مسيلمة فى تلك الحرب - قيل قتله وحشى بن حرب وقيل غيره ، وأطفأ الله فتنتهم .
تهذيب الأسماء ٩٥/٢ ، البداية والنهاية ٣٢٣/٦ .

٥- فى ب : يضجون به ، وفى د: حتى سمعت أهل المشهد يقولون .

٦- ضجّ : يضجّ من باب ضرب ، إذا فزع من شىء خافه فصاح وجلب ، وسمعت ضحّة القوم أي: جلبتهم . المصباح المنير ٣٥٨ ، القاموس ٢٥١ ، مختار الصحاح ٣٧٦ .

٧- سقطت من : ب .

قال كنت أتقيكم به !

فأمر بضرب عنقه ، واستشار الصحابة فى أصحابه فقالوا :

يستتابون ، ويكفلون .

فاستتابهم فتابوا ، وكفلهم عشائرهم[١].

فدل على أن إجماع الصحابة منعقد بجواز الكفالة[٢].

ولأنه لما جاز ضمان ما فى الذمة جاز ضمان ذى الذمة - إذ لا فرق بين ضمان الحق وبين ضمان من عليه الحق .

ولأن الكفالة كالإجارة ؛ لأن[٣] كل واحد منهما عقد على عين لاستيفاء[٤] الحق منها ، فلما جازت الإجارة وجب أن تجوز الكفالة .

ولأن ضمان الأموال إنما كان لما فيه من الرفق والتوسعة ؛[فكذا كفالة النفوس لما فيها من الرفق والتوسعة[٥]]- وهو أن يرتفق المكفول به فى الإطلاق ليسهل عليه طلب الحق ، ويستوثق المكفول له[٦] فيسهل عليه التماس من عليه الحق .

١- أصل الأثر علقه البخارى فى صحيحه ٥٤٨/٤ ك : الكفالة ٣٩ ب : الكفالة فى القرض والديون بالأبدان وغيرها (١) .

ولفظه (قال جرير والأشعث لعبد الله بن مسعود فى المرتدين : استتبهم وكفّلهم ، فتابوا وكفّلهم عشائرهم).

وذكر الحافظ ابن حجر القصة فى شرحه للباب ٥٤٩/٤ فقال (وهذا أيضاً مختصر من قصة أخرجها البيهقى بطولها من طريق أبى اسحاق عن حارثة بن مضرب قال : صليت الغداة مع عبد الله بن مسعود فلما سلم قام رجل فأخبره أنه انتهى إلى مسجد بنى حنيفة فسمع مؤذن عبد الله بن النواحة يشهد أن مسيلمة رسول الله) ثم ذكر نحوها.وهي فى السنن الكبرى للبيهقى ٧٧/٦ من طريق يحى بن درست ثنا أبو عوانة عن أبى إسحاق وهو السبيعى - عن حارثة

ورواها أبو داود فى سننه ١٩٢/٣ ك : الجهاد ٩ ب : فى الرسل ١٦٦ رقم ٦٧٦٢ عن حارثه بن مضرب.

وذكرها ابن حزم فى المحلى ٤٠٨/٦ ثم قال : (وأما خبر ابن مسعود فإننا رويناه من طريق يحى ابن سعيد القطان وسفيان بن عيينة كلاهما عن إسماعيل ابن أبى خالد عن قيس بن أبى حازم عن ابن مسعود .

ومن طريق الأعمش وشعبه وسفيان الثورى كلهم عن أبى اسحاق عن حارثة بن مضرب عن ابن مسعود - وهذه الأسانيد هى أنوار الهدى ، ولم يذكر أحد منهم فى روايته أنه كفل بهم ، ولا ذكر أحد منهم كفالة إلا إسرائيل وحده - وهو ضعيف ..)

لكن وثقه الحافظ فى التقريب ٨٨/١ فقال : (ثقة تُكلم فيه بلاحجة) .

وذكر ابن كثير أصل الخبر فى البداية ٥١/٥ من طريق اسماعيل بن أبى خالد عن قيس ابن أبى حازم - ولم يذكر الكفالة .

٢- يقول ابن حزم فى المحلى ٤١١/٦ معارضاً دعوى الإجماع على الكفالة : (ثم اعلموا الآن أنه لم يصح قط إباحة كفالة الوجه عن صاحب ولا تابع ..) !

٣- فى م : ولأن .

٤- فى د : لاستبقاء الحق .

٥- سقط من : أ .

٦- فى أ : المكفول ، وفى د : المكفول به .

والقول الثانى : أن كفالة النفوس باطلة[١].

ودليل بطلانها قوله سبحانه وتعالى : (قال معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده)[٢].

فكان قوله : «معاذ الله» إنكاراً للكفالة أن تجوز حين سأله إخوته[٣]أن يأخذ أحدهم كفيلاً ممن وجد[٤]متاعه عنده[٥].

ولأن مالا يضمن باليد لا يضمن بالعقد - كالميتة والخمر .

ولأنه[٦]عقد ضمان لا يستحق على الضامن المطالبة بمقتضاه ، فوجب أن يكون باطلاً - كضمان القصاص .

ولأن من لم يصح أخذه بمقصود العقد لم يصح منه ذلك العقد - كبيع الصبى والمجنون .

ولأنه ضمان عين فى الذمة ، فوجب ألا يصح - كالسلم[٧] فى الأعيان .

ولأنها كفالة لا تصح بغير/إذن المكفول به ، فوجب ألا تصح بإذنه - أصله : إذا كفل بالشهود ليحضرهم للأداء .

١٤١ ب

ولأن المكفول به لا يجب عليه تسليم نفسه ، وإنما يجب عليه الخروج مما عليه من الحق [وحبْسُه إن حبس ليخرج من الحق][٨].

فلأن لا يجب على الكفيل تسليم المكفول به أولى - لأن مالايلزم المضمون عنه فأولى أن لا يلزم الضامن .

١- هو قول للشافعية كما سبق ، وذهب إليه الظاهرية كما فى المحلى ٤٠٧/٦ .

٢- سورة يوسف من الآية ٧٩ .

٣- فى د : إخوتهم .

٤- فى د : ممن وجب عليه .

٥- انظر : تفسير الطبرى ٣٢/١٣ ، النكت والعيون ٦٦/٣ ، تفسير القرطبى ٢٤٠/٩ .

٦- فى د : لأنه .

٧- من شروط السلم أن يكون المسلم فيه ديناً - المهذب ٤٩٧/١ ، الروضة ٦/٤ .

٨- سقط من : د .

ولأنه إن استحق إحضاره[1][مجلس[2]] الحكم فهو على الحاكم أوجب ، فإن عجز عنه الحاكم فالكفيل عنه أعجز .

فهذا توجيه القولين - وهى طريقة من ذكرنا[3]من أصحابنا .

وكان أبو العباس بن سريج وطائفة من متقدمي أصحابنا يقولون :

إن الكفالة بالنفوس جائزة فى الأموال قولاً واحداً[4]، وفى الحدود على قولين[5]:

أحدهما : جائزة كالأموال .

والثانى : باطلة ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، فلا[6]معنى للتوثيق فيها بالكفالات .

وسواء فى الحدود ما كان من حقوق الآدميين[7]كالقذف والقصاص ، وما كان لله كالخمر[7] [8]والزنا[9].

١- فى أ : ولأنه استحق إحضاره الحاكم .

٢- سقطت من : أ و ب و د .

٣- ص ٣٣٠.

٤- وبناء على هذا يتفق رأى الشافعية مع الجمهور الذين يجوزون الكفالة بالنفس فى الأموال .

٥- سبقت مصادر الشافعية ص ٣٣٠.

وفى الفتح ٣٧٣/١٠ ، الروضة ٢٥٣/٤ : (فإن كان عليه عقوبة :

فإن كانت لآدمى كالقصاص وحد القذف صحت الكفالة على الأظهر .

وقيل : لا تصح قطعاً .

وإن كانت حداً لله تعالى لم تصح على المذهب ، وقيل قولان) .

٦- فى جـ : فالمعنى .

٧- لو قال : كحد القذف .. كحد الخمر .

٨- فى جـ : والنساء .

٩- الحدود جمع حد وهو فى اللغة المنع .

وفى الشرع : عقوبة مقدرة تمنع من الوقوع فى مثلها .

وقد قسمها أكثر الفقهاء إلى قسمين :

حدود هى حق لله تعالى ، كحد الخمر والزنا ، وحدود حق للناس كحد القذف .

انظر : الصحاح ٤٦٢/٢ ، المصباح المنير ١٢٥ ، القاموس ٣٥٢ ، التعريفات ٨٣ ، أنيس الفقهاء ١٧٣ ، المهذب ومعه النظم المستعذب ٢٦٥/٢ ، التنبية مع تصحيحه ١٤٧ ، روضة الطالبين ١٠٦/١٠ ، مغنى المحتاج ١٥٥/٤ .

وتأولوا قول الشافعى : (غير أنها ضعيفة)[١] يعنى : غير أن القياس فيها ضعيف ، لكن لما اقترن به السنة والأثر [٢] وجب المصير إليه .

لا أن ذلك قول ثان فى إبطالها - كما قال فى النائم قاعداً (لو صرنا إلى النظر توضأ بأى حالاته كان)[٣].

فأسقط النظر للخبر[٤]- فلم يدل ذلك على اختلاف قوليه فيه .

وكما قال فى تقديم[٥] أذان صلاة الصبح [قبل الوقت][٦]: (وليس ذلك بقياس لكن اتبعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم)[٧]. /

P ١٤٢

فأما قوله : (ولا يكفل رجل فى حد ولا لعان[٨]) .

فمن أبطل الكفالة فى الحدود حمل ذلك على ظاهره .

ومن جوز ها فى الحدود - على أحد القولين[٩]- تأول ذلك على إبطال الكفالة بنفس الحد واللعان ، لا بنفس من وجب عليه الحد واللعان[١٠].

١- سبق ص ٣٢٩.

٢- إشارة إلى النصوص السابقة ص ٣٣١.

٣- الأم ٢٧/١ ، المختصر ٩٦ .

٤- هو ما ذكره الشافعى فى الأم ٢٦/١ ، من حديث أنس بن مالك رضى الله عنه قال : كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ينتظرون العشاء فينامون - أحسبه . قال : قعودا - حتى تخفق رؤوسهم ثم يصلون ولا يتوضأون .

وقد رواه مسلم فى صحيحه ٢٨٤/١ ك الحيض ٣ ب : الدليل على أن نوم الجالس لا ينقض الوضوء ٣٣، رقم ٣٧٦/١٢٥ .

٥- فى م : كما قال فى القديم .

٦- سقط من : د .

٧- الأم ٩٢/١ ، المختصر ١٠٤ .

٨- سبق توثيقه ص ٣٢٩.

٩- السابقين ص ٣٣٥.

١٠- أى : لا يكفل على أنه يتحمل العقوبة بدل من وجبت عليه ، أو يلاعن بدل الزوج الذى قذف زوجته - فهذا لا يصح بالإجماع - قاله ابن المنذر في الإجماع ص ٧٠ .

لكن يجوز أن يكفل من وجب عليه شىء من ذلك فيحضره عند الطالب .

أ- فصل : (**شروط صحة الكفالة**):

فإذا ثبت ما وصفنا ، وقلنا بجواز الكفالة - على الصحيح من المذهب - فصحتها معتبرة بثلاثة شروط :

أحدها : أن يكون عارفا بالمكفول به - كما يلزمه معرفة المال المضمون - ليعلم من يستحق عليه بالكفالة المطالبة به .

وهل يلزم أن يكون عارفاً [بالمكفول له ؟

على وجهين كالمضمون له[١].

والشرط الثانى : أن يكون على المكفول به حق يستحق مطالبته به .

وهل يلزم أن يكون عارفاً][٢] بقدره[٣] ؟

على وجهين[٤]:

أحدهما - وهو قول أبى العباس : أنه لا تصح الكفالة إلا بعد معرفة الكفيل بقدر ما على المكفول به من الدين .

لأن من مذهبه أن موت المكفول به يوجب على الكفيل غرم الدين[٥].

والثاني - وهو مذهب الشافعى : أن معرفة الكفيل بقدر الدين لا تلزم ، وأن جهالته [به][٦] لا تضر .[٧]

لأنه من مذهبه أن موت المكفول به لا يوجب على الكفيل غرم دينه[٥].

١- انظر ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ - والأصح اشتراط معرفة المضمون له .

٢- سقط من : أ .

٣- فى م : بحقه .

٤- المهذب ٣٤٣/١ ، حلية العلماء ٧٢/٥ ،الفتح ٣٧٣/١٠ ، الروضة ٢٥٣/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٣/٢ ، وعدم الاشتراط أصح .

٥- ستأتى هذه المسألة ص ٣٤٢ .

٦- سقطت من : جـ .

٧- قال الشافعي في الأم ٢٤٤/٦ : (ولو كفل له بما لزم رجلاً في جرح وقد عرف الجرح والجرح عمد ... فإن أراد أرش الجرح فهو له ، والكفالة لازمة لأنها كفالة بمال) .

والشرط الثالث : أن تكون الكفالة عن أمر المكفول به [وإذنه[١]] .

فإن كفل به عن غير إذنه لم يصح[٢].

وقال أبو العباس بن سريج : تصح الكفالة بغير أمر المكفول به - كما يصح الضمان بغير أمر المضمون عنه .

وهذا خطأ .

والفرق بين الكفالة والضمان : أن الضمان يوجب غرم مال يمكن[٣]استيفاؤه من الضامن دون المضمون عنه .

١٤٢ ب

والكفالة توجب/تسليم نفس ، وذلك لايمكن إلا بتمكين المكفول به .

فعلى مذهب أبى العباس : تصح الكفالة بالصبي والمجنون ؛ لأنهما قد تلزمهما حقوق الأموال - فصحت الكفالة بهما .

وعلى الظاهر من مذهب الشافعى : أن الكفالة بالصبى والمجنون لا تصح ؛ لأن أمرهما لا يتعلق به حكم[٤].

فلو أمره الابن[٥]بالكفالة لم تصح ؛ لأن الأمر[٦]للأب سؤال وطلب لا يتعلق به[٧]حكم .

١- ليست فى : د .

٢- المهذب ٣٤٣/١ ، التنبية ٧٥ ، حلية العلماء ٧٣/٥ ، أدب القضاء ٣٦٥/٢ ، الفتح ٣٧٨/١٠ ، الروضة ٢٥٩/٣ ، مغنى المحتاج ٢٠٦/٢ .

وفى الفتح والروضة : (يشترط رضى المكفول ببدنه على الصحيح ، ولا يشترط رضى المكفول له على الصحيح) .

٣- فى أ : يجب استيفاؤه ، وفى د : مالم يمكن .

٤- قال النووى : وتصح ببدن صبي ومجنون ، ثم إن كفل بإذن وليهما فله مطالبة الولى بإحضارهما عند الحاجة ، وإن كفل بغير إذنه فهو كالكفالة ببدن العاقل البالغ بغير إذنه .

الروضة ٢٥٣/٤ ، وانظر : مغنى المحتاج ، ٢٠٤/٢ ، نهاية المحتاج ٤٤٧/٤ .

٥- فى أ ود : الأب .

٦- فى أ : لأن للابن بالأب سؤال ؛

٧- فى أ : لا يتعلق عليه حكم .

ب- فصل : (اللفظ الذي تنعقد به الكفالة) :

فإذا تقرر أنه يعتبر في صحة الكفالة ما ذكرنا من الشروط انتقل الكلام إلى بيان اللفظ الذى تنعقد به الكفالة .

وذلك أن يقول : قد كفلت لك نفس[١] فلان - وهذا عرف أهل العراق .

أو يقول : قد كفلت لك بوجه فلان - وهذا عرف أهل الحجاز .

وفى معنى الأول أن يقول [كفلت لك][٢] بروح فلان .

وفى معنى الثانى أن يقول : كفلت لك [برأس[٢]] فلان .

فتصح الكفالة بهذا كله ، وهكذا لو قال : كفلت لك بجسم فلان ، أو ببدن فلا ن - صحت الكفالة .

فأما إذا ذكر فى الكفالة عضواً من أعضائه :

فإن كان العضو مما يعبر به[٣] عن الجملة كقوله : كفلت لك بعين[٤] فلان صحت الكفالة ؛ كما لو قال : كفلت لك بوجه فلان .

وإن كان العضو مما لا يعبر به عن الجملة [نظر[٥]] :

[فإن كان[٦]] لا يحيا بفقده - مثل الكبد ، والفؤاد : فإذا قال : كفلت لك بكبد فلان ، أو فؤاد فلان - صحت الكفالة ، وجرى مجرى قوله : بنفس فلان[٧] .

١- في ب : بنفس .
٢- سقط من : جـ .
٣- فى أ : يعبر عنه عن الجملة .
٤- في جـ : نفس فلان .
٥- ليست فى : أ و د .
٦- سقط من : د .
٧- المهذب ٣٤٣/١ ، حلية العلماء ٧٤/٥ ، فتح العزيز ٣٨٣/١٠ ، الروضة ٤٦٢/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٦/٢ ، أسنى المطالب ٢٤٦/٢ .
وفى الفتح والروضة : لو تكفل ببدن رجل أو نفسه أو جسمه أو روحه صح، وإن تكفل بعضو منه فأربعة أوجه : [وبعضهم ذكر أنها ثلاثة أوجه كصاحبى المهذب والحلية ولا يذكرون الرابع] :
أحدها : تبطل ، والثانى تصح ، والثالث : إن كان عضواً لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب والكبد صح ، وإن بقي دونه كاليد والرجل لم يصح .
والرابع : ما عبّر به عن جميع البدن كالرأس والرقبة يصح أن يكفل به ، وما لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل فلا .
قال القفال : هذا أصح .
ثم نقل النووي كلام المصنف هنا فقال في الروضة ٢٦٣/٤ :
(قلت : قطع صاحب «الحاوي» بصحة الكفالة فيما لو كفل برأسه ، أو وجهه ، أو عينه ، أو قلبه وفؤاده، وغيرها مما لا يحيا دونه ، أو جزء شائع - والله أعلم) .

P ١٤٣

وإن كان العضو مما يحيا[١] مع فقده كاليد/والرجل ؛ فإذا قال :

كفلت لك بيد فلان ، أو برجل فلان - ففيه وجهان حكاهما ابن سريج :[٢]

أحدهما : يصح - كالطلاق والعتق .

والثانى : لا يصح ؛ لأنه قد يفقد ذلك العضو الذى عين فى الكفالة ولا يؤثر فى الحق .

فأما إذا قال : كفلت لك بنصف فلان أو بثلث فلان ، أو بجزء منه - صحت الكفالة .

لأن الجزء الشائع فيه لا ينفصل منه فكان أقوى فى الحكم من أعضائه[٣] .

جـ - فصل : **(ما يترتب على الكفالة)**:

فإذا صح ما ذكرنا من بيان لفظ الكفالة - فلا فرق فى صحة الكفالة بين أن يكون المكفول به حاضراً أو غائباً ، ولا فرق بين أن يكون مطلقاً أو محبوساً .

لأن تعذر إحضاره بالحبس أو [٤] بالغَيبة جار مجرى إعسار الضامن بالمال [المضمون][٥]- ثم ثبت أن إعسار الضامن بالمال الذى ضمنه لا يمنع من صحة ضمانه ، فكذا إذا تعذر إحضار المكفول به : لا يمنع من صحة الكفالة[٦] .

[ثم لا يخلو حال الكفالة[٧]] من أحد أمرين :

إما أن تكون مقيدة بزمان[٨] ومكان ، أو مطلقة .

فإن كانت مطلقة استحق مطالبة الكفيل عاجلاً فى المكان الذي تكفل [فيه][٩].

١- فى د : مما يحتاج مع فقده .

٢- انـظر : المصادر السابقة قريباً .

٣- الفتح ٣٨٣/١٠ ، الروضة ٢٦٢/٤ ..

٤- فى أ و ب و د : بالحبس والغيبة .

٥- ليست فى : ب و جـ و د و م .

٦- الفتح ٣٧٤/١٠ ، الروضة ٢٥٤/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٤/٢ ، نهاية المحتاج ٤٤٧/٤ .

٧- سقط من : د .

٨- فى أ : أو مكان ..

٩- سقطت من : أ و د ، و فى ب : به .

وإن كانت مقيدة بزمان ومكان :

فتقييدها بالزمان أن يقول : على أن أسلمه إليك بعد شهر[١] [فلا يستحق مطالبته به قبل مضى الشهر[٢]] .

وتقييدها بالمكان أن يقول : على أننى أسلمه إليك بالبصرة ، أو فى مجلس الحكم - فلا يستحق مطالبته به فى غير ذلك الموضع[٣].

١٤٣ ب

فإن سلمه/الكفيل قبل الشهر :

فإن كان الحق الذى عليه مؤجلا لا يحل قبل الشهر ، أو كانت له بينة غائبة لا تحضر قبل شهر : لم يبرأ بتسليمه إلا عند رأس الشهر .

وإن كان دينه حالاً وبينته حاضرة برىء بتسليمه فى الحال .

لأنه لا يستفيد بتأخيره شيئاً .

وهكذا لوكفل به على أن يسلمه بالبصرة فسلمه فى غيرها[٤].

فإن كان يخاف عليه فى الموضع الذى سلمه - من يد غالبة - أو كانت له بينه بالبصرة وفى حمله إلى البصزة مؤونه : لم يبرأ بتسليمه إلا بالبصرة .

وإن كان [المكان[٥]] آمنا ، والبينة حاضرة ، واستيفاء الحق ممكناً : برىء بتسليمه - لأنه لا يستفيد بحمله إلى البصرة شيئاً[٦].

١- فى جـ : فى رأس الشهر ، أو فى آخر العام .

٢- سقط من : جـ .

٣- المهذب ٣٤٤/١ ، الفتح ٣٧٦/١٠ ، الروضة ٢٥٦/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٥/٢ .

٤- فى حلية العلماء ٨١/٥ (وحكى الشيخ أبو حامد عن أبي العباس فى إحضاره فى غير المكان المشروط وجهين .)

وفى الفتح ٣٧٦/١٠ والروضة ٢٥٦/٤ : وإذا أتى الكفيل - بالمكفول به فى غير الموضع المستحق جاز قبوله ، وله أن يمتنع إذا كان فيه غرض ؛ بأن كان قد عين مجلس الحكم ، أو موضعاً يجد فيه من يعينه على خصمه .

فإن لم يختلف الغرض فالظاهر أنه يلزمه قبوله ..

ـ وقد أشار المصنف إلى هذا .

٥- سقطت من : د .

٦- المصادر السابقة .

فلو كفل به إلى وقت فمضى الوقت ولم يأت به :

فإن كان المكفول به [حاضراً][1]، مقدوراً عليه : حبس الكفيل حتى يأتى به .

وإن كان [غائباً][1]غير مقدور عليه : [فهو فى حكم المعسر - يجب إنظاره حتى يقدر عليه][2]، ولا يجوز حبسه - كما لا يجوز حبس من أعسر بالدين حتى يوسر[3].

فلو سلم المكفول به نفسه برىء الكفيل من كفالته ، [4]

فإن أبى المكفول له أن يقبله أشهد[5]المكفول به - الدافع - لنفسه أنه قد سلم نفسه فى كفالة فلان ، ويرىء الكفيل منها .

وهكذا لو أحضره [الكفيل[6]] فأبى المكفول له أن يقبله أشهد الكفيل على تسليمه وأبرأه الحاكم ، فإن تعذر فعدل من المسلمين .

فإن أبرأ نفسه من الكفالة برىء .

د- فصل : (**حكم الكفالة إذا مات المكفول**) :

فلو مات المكفول [7]به : / ١٤٤ أ

فمذهب الشافعى ، وأبى حنفية : أنه لا شىء على الكفيل .

وقال مالك ، وأبو العباس : قد وجب على الكفيل ما على المكفول به من الحق[7].

١- سقط من : أ .

٢- سقط من : د .

٣- فى الفتح ٣٧٧/١٠ ، الروضة ٢٥٨/٤ تفصيل لحالات غياب المكفول حيث قالا : (إذا غاب المكفول ببدنه نظر :

إن غاب غيبة منقطعة - والمراد بها أن لا يعرف موضعه ، وينقطع خبره - فلا يكلف الكفيل إحضاره .

وإن عرف موضعه : فإن كان دون مسافة القصر لزمه إحضاره - لكن يمهل مدة الذهاب والإياب ليحضره ، فإن مضت المدة ولم يحضره حبس .

وإن كان على مسافة القصر فوجهان أصحهما : يلزمه إحضاره ، والثانى لا يطالب به)

وانظر : أدب القضاء لابن أبى الدم ٣٦٤/٢ ، مغنى المحتاج ٢٠٥/٢ .

٤- ذكر النووى فى الروضة ٢٥٧/٤ ، والمنهاج ٢٠٤/٢ (مع مغنى المحتاج) - أنه لابد أن يقول : سلّمت نفسي عن جهة الكفيل ، وإلا لم يبرأ الكفيل .

٥- نقل شرّاح المنهاج عبارة المصنف هنا وقالوا : الأوجه أن الإشهاد لا يكفى إلا عند فقدان الحاكم .

انظر : مغنى المحتاج ٢٠٤/٢ .. ، نهاية المحتاج ٤٤٩/٤ ، تحفة المحتاج ٢٦٣/٥ .

٦- سقطت من : د .

٧- لو قال : (المكفول) - كان أوضح - وأركان الكفالة هي الكفيل والمكفول والمكفول له والمكفول فيه .

٨- مذهب الشافعية والحنفية والحنابلة أن موت المكفول يسقط الكفالة ويبرأ به الكفيل ، لأن مهمة الكفيل إحضار المكفول وبعد موته يعجز عن ذلك ، ولأن الحضور سقط عن الأصيل فيسقط عن الكفيل ، وهو لم يضمن الحق فلا يلزمه ، وفى وجه عند الشافعية أنه يحضره مالم يدفن . وسيذكره المصنف قريباً .

أما المالكية فيغرم فى المشهور عندهم إلا إن شرط البراءة من ضمان المال إذا لم يأت به - فلا يلزم الكفيل شىء حينئذ.

وهكذا يقولان إذا تطاولت غيبته ولم يعرف موضعه[١] .

لأن المقصود بالكفالة التوثق فى الدين المستحق ؛ فلو كان موت المكفول به لا يوجب على الكفيل غرماً لبطلت فائدة [الكفالة[٢]] .

[وهذا خطأ[٣]]

لأن الحق لم يضمنه ، والمكفول به قد مات فليس يقدر عليه .

ولو جاز إذا كفل بالنفس أن يضمن المال لجاز إذا ضمن المال أن يصير كفيلاً [بالنفس[٤]] ولكن كل واحد منهما يختص بحكمه .

فإذا ثبت أن لا شيء على الكفيل نظر :

فإن لم يلزم إحضار الميت إلى مجلس الحكم فقد بطلت الكفالة بموته .

وإن لزم إحضاره مجلس الحكم - لأن عليه بينة تشهد على عينه ولا تعرف اسمه ولا نسبه - فلا بأس بإحضار الميت مجلس الحكم ، أو يحضر الحاكم إلى موضع الميت - ليسمع البيّنة على عينه ، فعلى هذا فى الكفالة وجهان[٥]:

أحدهما : باقية لا تبطل بالموت ، ويؤخذ الكفيل بإحضار الميت .

والوجه الثاني : قد بطلت الكفالة بالموت ، لأن الميت مقدورعليه لإقامة الشهادة عليه ، فلم يحتج إلى الكفيل .

١- انظر : المهذب ٣٤٤/١ ، التنبيه ٧٥ ، حلية العلماء ٧٥/٥ ، أدب القضاء ٣٦٤/٢ ، الفتح ٣٧٨/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٨/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٥/٢ .

وبدائع الصنائع ٣٤٢٩/٧ ، الهداية ٩٧/٣ ، الاختيار ١٦٨/٢ ، فتح القدير ١٧٠/٧ ، تبيين الحقائق ١٤٩/٤ ، الفتاوي الهندية ٢٥٩/٣ .

والمغني ٤٢١/٤ ، الكافي ٢٣٥/٢ ، الشرح الكبير ٥١/٣ ، الانصاف ٢١٥/٥ التنقيح ١٩٧ .

والمدونة ٢٥٢/٥ ، بداية المجتهد ٢٩٥/٢ ، الخرشي ٣٥/٦ ، حاشية الدسوقي ٣٤٥/٣ ، الكافى ٧٩٤/٢ ، قوانين الأحكام ٣٥٤ .

٢- سقطت من : د .

٣- سقط من : جـ .

٤- سقطت من : م .

٥- حلية العلماء ٧٦/٥ ، الفتح ٣٧٨/١٠ ، الروضة ٢٥٨/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٥/٢ ،

وفى الفتح والروضة : الأصح أن الكفالة لا تنقطع حينئذ بل عليه إحضاره مالم يدفن إذا أراد المكفول له إقامة البينة على صورته - كما لو تكفّل ابتداء ببدن الميت .

هـ - فصل : (حكم الكفالة إذا مات الكفيل) :

فلو مات الكفيل :

فعلى مذهب [الشافعي] [(١)] أن الكفالة قد بطلت - ولا يستحق مطالبة الوارث بشيء .

ويجيء على مذهب ابن سريج : أن لا تبطل الكفالة ؛ لأنها - على مذهبه - قد تفضي إلى مالٍ[(٢)] يتعلق بالتركة .

لكن لم أجد له فيه نصًّا[(٣)].

ولكن لو مات المكفول [له][(٤)] :

كانت الكفالة على حالها ، لا تبطل على قول الجماعة ، ويقوم وارثه مقامه في المطالبة بالمكفول به[(٥)].

فلو كان المكفول له حين مات خلف ورثة وغرماء[(٦)]، ووصَّى [(٧)] بإخراج ثلثه إلى وصيّ :

فإن كان المستحق على المكفول به لا تعلق له بالمال كان المستحق للكفالة الوارث وحده - دون الغرماء ، وأهل الوصايا .

وإن كان مالاً لم يبرأ الكفيل إلا بتسليم المكفول به إلى الورثة والغرماء والوصي - [وكذا المال المضمون .

١- سقطت من : د .

٢- في جـ : إلى ما يتعلق .

٣- نقل النووي كلام المصنف هذا في الروضة ٢٥٨/٤ ، وانظر : مغني المحتاج ٢٠٦/٢ ، وقد خرّج المصنف الخلاف هنا على ما في المسألة السابقة .

٤- سقطت من : د .

٥- في الفتح ٣٧٩/١٠ والروضة ٢٥٩/٤ : في موت المكفول له ثلاثة أوجه :
أصحها : بقاء الكفالة وقيام وارثه مقامه .
والثاني : تبطل ، لأنها ضعيفة .
والثالث : إن كان عليه دين ، أوله وصي بقيت ، وإلا فلا .

٦- الغرماء جمع غريم ، والغريم يطلق على صاحب الدين والمدين فهو من ألفاظ الأضداد . القاموس ١٤٧٥ ، المصباح ٤٤٦ ، والمقصود هنا المعنى الأول .

٧- في جـ و د : ورضى .

فإن سلّمه إلى الورثة دون الغرماء والوصي[1]] ، أو إلى الغرماء دون الورثة والوصيّ ، أو إلى الوصيّ دون الورثة والغرماء : لم يبرأ من الكفالة .

ولكن لو سلّمه إلى الورثة والغرماء وأهل الوصايا - دون الوصي[2]- ففي براءته وجهان - حكاهما ابن سريج[3]:

أحدهما : يبرأ ؛ لأنه قد سلمه إلى مستحقه - وإنما الوصى نائب ووسيط .

والوجه الثانى : لا يبرأ حتى يكون الوصى فى جملة من تسلّمه .

لأن للوصى ولاية على أهل الوصايا ، فصار كوليّ الطفل والمجنون .

و- فصل : **(اقتران كفالة البدن بضمان المال)** :

ولو قال : كفلت لك بنفس فلان فإن مات فأنا ضامن لما عليه صحت الكفالة ، وبطل الضمان - لأنها معلقة بشرط .

ولو قال : كفلت لك بنفس فلان على أنه إن مات فأنا ضامن لما عليه بطلت الكفالة[4]والضمان معاً - لأنه جعل الضمان الفاسد مشروطاً فى الكفالة فبطلا جميعا .

ولكن لو قال : كفلت لك بنفس فلان وضمنت لك ما عليه - وهو معلوم -فهذه كفالة صحيحة ، وضمان صحيح ./

١٤٥ م

١- سقط من : أ - من قوله : وكذا المال المضمون .

٢- الوصي هو من عهد إليه الموصي بالتصرف فى ماله ونحوه بعد موته .
وأهل الوصايا هم الذين يستحقون صرف المال لهم حسب شرط الموصي .
الصحاح ٢٥٢٥/٦ ، مغنى المحتاج ٣٩/٣ .

٣- نقل النووى هذا فى الروضة ٢٥٨/٤ .. وانظر : مغنى المحتاج ٢٠٦/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٣/٤ .
وفى مغنى المحتاج : ويكفى التسليم إلى الموصى له عن التسليم إلى الوصي فى أحد وجهين كما رجحه بعض المتأخرين - أى إذا كان الموصى له محصوراً .

٤- هذا الأصح - أى أنها تبطل - لأن الكفيل لا يغرم المال ، وعلى الوجه الثانى الذى يقول إن الكفيل يغرم لا تبطل .

انظر : حلية العلماء ٧٧/٥ ، الفتح ٣٧٨/١٠ ، الروضة ٢٥٩/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٥/٢ .

وبالعكس مما ذكرنا أن يقول : قد ضمنت لك عن فلان ألفاً ، فإن لم أؤدها فأنا كفيل بنفسه : صح الضمان ، وبطلت الكفالة .

ولو قال : ضمنت لك عنه ألفاً على أنني إن لم أؤدها فأنا كفيل بنفسه : بطل الضمان والكفالة .

ز- فصل : (**تعدد المكفول له أو الكفلاء**) :

ولو كفل رجل برجل لرجلين فسلمه إلى[1]أحدهما لم يبرأ من حق الآخر ، ويبرىء من حق من سلمه إليه[2]- وكان الآخر على حقه[3]من مطالبته به[4].

ولو كفل رجلان برجل **مجتمعين** لم يستحق المكفول [له[5]] مطالبة أحدهما بالمكفول به ، وكان له مطالبتهما جميعاً به - فإن سلمه أحدهما برئا منه جميعاً[6].

ح- فصل : (**تعدد الكفلاء فى حق واحد وكيفية المطالبة**) :

ولكن لو كفل رجل برجل ، ثم كفل به ثان ، ثم كفل به ثالث : كان للمكفول له مطالبة كل واحد من الكفلاء على انفراده .

١- فى د : من أحدهما .

٢- فى ب و جـ و د و م : من تسلمه منه .

٣- فى م : وكان الاتفاق على حق مطالبته الكفيل به !

٤- لأنه ضمن تسليمين فلم يبرأ بأحدهما ، كما لو ضمن لهما دينين فأدى دين أحدهما .
المهذب ٣٤٤/١ ، الفتح ٣٧٧/١٠ ، الروضة ٢٥٧/٤ ، مغنى المحتاج ٢٠٥/٢ .

٥- سقطت من : د ، و فى م : به .

٦- إن كفلاه على الترتيب وقع تسليمه عن المسلّم دون صاحبه .. وإن كفلاه معاً فوجهان :
قال المزنى : يبرأ صاحبه أيضاً ، كما لو دفع أحد الضامنين الدين .
وقال ابن سريج والأكثرون : لا يبرأ ، كما لو كان بالدين رهنان فانفك أحدهما لا ينفك الآخر .
الفتح ٣٧٧/١٠ ،الروضة ٢٥٧/٤ ، المهذب ٣٤٤/١ ، مغنى المحتاج ٢٠٥/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٠/٤.

فإذا سلمه أحدهم لم يبرأ الآخران[1] من كفالته - بخلاف الضمان إذا سلم أحد الضمناء المال ؛ لأن أداء أحدهم المال يبرىء المضمون عنه من الحق ، فيبرىء باقى الضمناء ، وتسليم أحد الكفلاء المكفول به لا يبرئه من الحق ؛ فلم يبرأ باقى[2] الكفلاء .

فلو كفل رجل برجل ، [ثم كفل بالكفيل آخر][3]، ثم كفل بالكفيل الثانى كفيل ثالث جاز - وكان للمكفول له مطالبة [كل][3] واحد منهم بمن تكفل به[4].

فلو مات المكفول به الأول برئوا جميعاً ، ولو مات الثانى برىء من بعده [من الكفالة ، ولو مات الثالث برىء من بعده[5]] - ولم يبرأ من قبله[6].

كما قلنا[7] فى براءة الضمناء . / ١٤٥ ب

ط- فصل فى السفاتج[8]:

أخذ السفاتج بالمال على ضربين :

أحدهما : أن يكون بدين ثابت .

١- فى أ : الآخر .
٢- فى ب و جـ : فلم يبريا فى الكفالة ، وفى د : فلم يبرىء الكفلاء .
٣- سقط من : د .
٤- فى د : ثم تكفل بهم .
٥- سقط من : جـ .
٦- الفتح ٣٧٩/١٠ . الروضة ٢٥٩/٤ .
٧- ص ٢٨٣.
٨- السفاتج جمع سُفتجة : بضم السين .. وقد تفتح ، وهى من الفارسي المعرب . وهى أن يعطى مالاً لآخر فى بلد الآخذ ، وللآخذ مال فى بلد المعطى فيوفيه ماله هناك .
أو هى : كتاب يكتبه المستقرض للمقرض إلى نائبه ببلد آخر ليعطيه ما أقرضه .
ومنها : أن يكون للرجل مال وهو يريد أن يذهب به إلى بلد آخر لكنه يخاف عليه قطاع الطريق فيدفعه إلى رجل له بذلك البلد مال ويقول :
اكتب خطا بذلك لآخذه من هناك .
وهى أشبه ما تكون بالحوالة حتى قال ابن الفصيح فى نظم كنز الدقائق :
وكرهت سفاتج الطريق * وهى إحالة على التحقيق .
وقد كره العلماء السفاتج إذا كانت مشروطة فى القرض .
لأن القرض حينئذ يجر نفعاً .
وقالوا لا يلزم المقترض دفع بدل القرض ببلد آخر إذا كان لحمله مؤونة ، أو كانت قيمة القرض ببلده أنقص.
انظر : القاموس المحيط ٢٤٧ ، المصباح المنير ٢٧٨ ، تصحيح التنبيه ٧٠ ، تهذيب الأسماء مج ٣ جـ١ ق٢ ١٤٩/٢ ، النظم المستعذب ٣٠٤/١ ، فتح القدير لابن الهمام ٢٥٠/٧ ، رد المحتار ٢٩٥/٤ ، الكافى لابن عبد البر ٧٢٨/٢ ، جواهر الإكليل ٧٦/٢ ، حلية العلماء ٨١/٥ ، مغنى المحتاج ١١٩/٢ ، شرح المنتهى ٢٢٨/٢ ، كشاف القناع ٣٠٦/٣ ، مصنف عبد الرزاق ١٤٠/٨ .

والثانى : أن [يكون[١]] بقرض حادث .

فأما الدين الثابت إذا سأل صاحبه من هو عليه أن يكتب له به سفتجة إلى بلد آخر لم يلزمه - إلا أن يشاء .

[[٢]كما أن من عليه الدين إذا سأل صاحب الدين أن يأخذ بدينه سفتجة [[٣]إلى بلد آخر لم يلزمه - إلا أن يشاء[٢]]

فلو اتفقا على كتب سفتجة[٣]] جاز .

وأما القرض فضربان :

أحدهما : أن يكون مشروطا فيه كتب السفتجة - إما من جهة المقرض فيقول : هوذا أقرضك لتكتب لى به سفتجة إلى بلد كذا ،

[أو من جهة المقترض فيقول : هوذا أقترض منك لأكتب لك سفتجة إلى بلد كذا[٤]] فهذا قرض باطل ، لا يصح أخذ السفتجة به لأنه قرض جر نفعا[٥].

والثانى : أن يكون قرضاً مطلقاً ، ثم يتفقان على [كتب[٦]] سفتجة به ؛ فيجوز هذا - كالدين[٧].

وإذا كان كذلك فلا يخلو حال السفتجة بالدين من أحد أمرين :

إما أن تكون بلفظ الحوالة ، أو بلفظ الأمر والرسالة . فإن كانت بلفظ الحوالة فإذا وردت السفتجة إلى المكتوب إليه لزمه أداؤها بأربعة شروط :

أحدها : أن يعترف بدين المكاتب .

والثانى : أن يعترف بدين المكتوب [له[٨]].

١- سقطت من : د .

٢- سقط من : م - من قوله : كما أن من عليه الدين .

٣- سقط من : د - من قوله : إلى بلد آخر .

٤- سقط من : أ و جـ و د .

٥- المهذب ٣٠٤/١ ، التنبيه ٧٠ ، الروضة ٣٤/٤ ، مغنى المحتاج ١٢٠/٢ .

٦- سقطت من : د .

٧- تكرر فى ب من قوله : والثانى .

٨- سقطت من : د ، و فى جـ : إليه .

والثالث : أن يعترف بأنه كتاب المحيل .

والرابع : أن يعترف بأنه كتبه مريداً به الحوالة .

فإذا اعترف بهذه الأربعة لزمه أداء[١] ما في السفتجة من الدين - سواء ضمنه لفظا ، أم لا[٢].

م ١٤٦

وإن اعترف بدين الكاتب وأنكر دين المكتوب له ، أو اعترف بدينهما وأنكر الكتاب[٣]: لم تلزمه[٤] الحوالة .

ولو اعترف بدينهما والكتابة وأنكر أن يكون المكاتب أراد به الحوالة :

فالمذهب [الذى][٥] يوجبه القياس أن الحوالة لا تلزمه .

ومن أصحابنا من قال : متى اعترف بالكتاب والدين لزمته الحوالة - وإن أنكر الإرادة - اعتماداً على العرف ، وأن الوصول إلى الإرادة متعذر .

فلو لم يعترف بالكتاب لكن أجاب إلى دفع المال ليكون مضموناً عليه إلى أن تصح الحوالة جاز.

واختلف أصحابنا : هل يجوز له استرجاع المال منه قبل [صحة الحوالة[٥]] ؟

على وجهين[٦]:

أحدهما : لا يجوز - اعتباراً بالشرط ، وأن له استرجاعه بعد العلم ببطلان الحوالة .

والوجه الثانى - وهو قول أبى عبد الله الزبيرى - يجوز له استرجاع المال متى شاء ، مالم تثبت صحة الحوالة - لأن المال لا يلزمه إلا بعد صحة الحوالة .

١- هنا حشو فى : د - فقد كرر الشروط الثلاثة الأولى هنا ..

٢- حلية العلماء ٥/ ٨١ .

٣- في ب : الكاتب .

٤- في ب : لم تلزمهما الحوالة .

٥- سقط من : د .

٦- نقل الشاشي هذا عن المصنف في حلية العلماء ٥/ ٨١ ، ولم أجد هذا التفصيل عند غيرهما .

وأما إذا كانت السفتجة بلفظ الأمر والرسالة لم تلزم المكتوب إليه - إلا أن يضمنها لفظاً - سواء اعترف بالكتاب والدين ، أم لا[١].

وهو قول محمد بن الحسن[٢].

وقال أبو يوسف : إذا قرأها وتركها ترك رضا لزمته .

وقال غيره من العراقيين : إذا أثبتها فى حسابه لزمته .

وكل هذا عندنا لاتلزم به السفتجة .

١- قال النووى فى الروضة ٣/٣٤٠ : لو كتب إلى غائب بالبيع **ونحوه** ترتب ذلك على أن الطلاق هل يقع بالكتب مع النية ؟

إن قلنا : لا - فهذه العقود أولى أن لا تنعقد ، وإلا : ففيها الوجهان فى انعقادها بالكنايات .

فإن قلنا تنعقد فشرطه أن يقبل المكتوب إليه بمجرد اطلاعه على الكتاب على الأصح .

ثم ذكر أن المذهب أن البيع ينعقد بالمكاتبه لحصول التراضى .

وقال فى كتاب الطلاق ٨/٤١ : وأما ما يحتاج إلى قبول فهو نكاح وغيره :أما غيره كالبيع والهبة والإجارة .. ففى انعقادها بالكتب خلاف .. والأشبه الانعقاد) .

وما ذكره المصنف هنا منقول فى : حلية العلماء ٥/٨٢ .

وقد سبق ص ٢٤٧ أن الضمان لا ينعقد إلا بلفظ مسموع .

٢- انظر : فتاوى قاضى خان ٣/٧١ ، الفتاوى الهندية ٣/٢٩٤ ، فتح القدير ٧/٢٥٠ ، رد المحتار ٤/٢٩٥، البناية على الهداية ٦/٨١٧ .

وفى فتاوى قاضى خان والهندية : (رجل جاء بكتاب السفتجة إلى رجل من شريكه أو خليطه فدفع الكتاب الذي جاء به فقرأه المدفوع إليه ثم قال : كتبتها لك عندي : **ذكر محمد رحمه الله** فى «النوادر» أن ذلك لا يكون ضماناً عن المدفوع إليه .

وكذا لو قال الدافع : اضمنها لى ، فقال : قد أثبتها لك عندي ، أو قال كتبتها لك **عندى** - فهو مخير إن شاء دفع إليه المال وإن شاء لم يدفع .

وإن قال المدفوع إليه الكتاب : كتبتها لك عليّ ، أو قال :أثبتها لك عليّ فهو ضمان صحيح يأخذه به صاحب السفتجة.

وذكر الطحاوى فى الشروط : إذا قبل المدفوع إليه الكتاب وقرأ ما فيه لزمه .

وعند أبي يوسف رحمه الله فى الشروط : إذا فتح المدفوع إليه كتاب السفتجة ثم أبى أنه يضمن له ذلك.

والاعتماد على الأول - أنه لا يلزمه المال مالم يضمن ، أو يقول : كتبتها لك عليّ ، أو قال : أثبتها لك عليّ) .

وكذلك[١] لو كتب على ظهرها : أنها صحيحة قد قبلتها - حتى يضمنها لفظاً .

[ثم لا يلزم الكاتب [إلا] أن يعترف بها لفظا][٢].

ولا يلزمه باعترافه بالخط .

ومن أصحابنا من قال : إن اعترف بالخط لزمه - وهو قول من زعم أن المكتوب إليه إن اعترف بالخط[٣] في الحوالة/ لزمه .[٤][٥]

١٢٦ب

وهو غير صحيح في الموضعين[٦].

آخر كتاب الضمان - بحمد الله ، ومنّه ، وحسن توفيقه[٧].

١- في أ و ب : ولذلك .

٢- سقط من : د - من قوله : ثم - وسقطت «إلا» من : أ .

٣- في أ : إن اعترف بلفظ الحوالة .

٤- في ب و م : لزمته .

٥- أنظر هامش (١) في الورقة السابقة .

٦- اشتراط التلفظ هنا وعدم الاكتفاء بالكتابة قد يكون مترتباً على مذهب الشافعية في عدم انعقاد البيوع ونحوها بالمعاطاة - وفي وجه أنها تنعقد .

وقد سبق كلام عنه ص٦٥ .

٧- هذه عبارة : ب ، وفي أ : (آخر كتاب الضمان) ، وفي جـ : (والله أعلم - هذا آخر كتاب الضمان ، ويتلوه في الجزء الذي يليه كتاب الشركة إن شاء الله تعالى) .

وفي آخر د و م : (آخر كتاب الضمان بحمد الله ومنّه).

الفَهارس

أولا : فهرس الآيات القرآنية الكريمة
(مرتبة حسب تقدمها فى المصحف)

ثانيا : فهرس الأحاديث النبوية الشريفة ، والآثار

الحديث أو الأثر	نوعه	رقم الصفحة التى خرّج فيها
« كان لحزن – جد سعيد بن المسيّب – على عليّ ابن أبى طالب رضي الله عنه مال ، فأحاله به على إنسان »	أثر عن عليّ رضي الله عنه	٢٠٨
كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين – فيسأل : « هل ترك قضاء » ؟	حديث عن أبي هريرة رضي الله عنه	٢٤١
« كل مال وقى المرء به عرضه فهو صدقة »	حديث عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما	٥١
« مطل الغنيّ ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع »	حديث عن أبى هريرة رضي الله عنه	١٨٩ ، ١٩٠
« نفس المؤمن معلّقة بدينه حتى يقضى عنه »	حديث عن أبى هريرة رضي الله عنه	٢٤٣
« نهى عن بيع الدين بالدين »	حديث عن ابن عمر رضي الله عنه	١٩٤
« هل تستنظرها إلى شهر » ؟	حديث عن ابن عباس رضي الله عنه	٢٣٩
« هل على صاحبكم من دين » ؟	حديث عن أبى سعيد الخدري رضي الله عنه	٢٣٨
« والزعيم غارم »	حديث عن أبي أمامه رضي الله عنه	٢٣٥
« لا توى على مال مسلم »	أثر عن عثمان رضي الله عنه	٢٠٦
« لا ضرر ولا إضرار »	حديث عن عدد من الصحابة رضي الله عنهم	١٤٥
« لا يحل مال أمرىء مسلم إلا بطيب نفس منه »	حديث عن عدد من الصحابة رضي الله عنهم	١٤٩
« لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه فى جداره »	حديث عن أبى هريرة رضي الله عنه	١١٧
« يا أبا أيوب : ألا أدلك على صدقة ..؟ » .	حديث عن أبى أيوب رضي الله عنه	٣٩
«يا رسول الله إنى تحملت بحمالة فأعنّي » .	حديث عن قبيصة رضي الله عنه	٢٧٢

ثالثا : فهرس الأعلام

رابعاً: فهرس الكتب التى ذكرها المصنف

خامساً: فهرس الكلمات والألفاظ المشروحة

سادسا : فهرس المراجع :

١- الإجماع : للإمام الحافظ محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، المتوفى سنة ٣١٨ هـ ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

٢- أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام : للعلامة الشيخ تقيّ الدين أبي الفتح محمد بن علي ابن وهب الشهير بابن دقيق العيد المتوفى سنة ٧٠٢ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت .

٣- الأحكام السلطانية والولايات الدينية : لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، المتوفى سنة ٤٥٠ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت - سنة ١٣٩٨ هـ .

٤- الإحكام فى أصول الأحكام : لسيف الدين علي بن محمد الآمدى المتوفى سنة ٦٣١ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت - سنة ١٤٠٠ هـ .

٥- أحكام القرآن : للإمام أبي بكر أحمد بن على الرازي الجصّاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ - دار الكتاب العربي - بيروت .

٦- أحكام القرآن : لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المتوفى سنة ٥٤٣ هـ ، تحقيق / على محمد البجاوي ، الطبعة الأولى سنة ١٣٧٦ هـ - دار إحياء الكتب العربية - مطبعة عيسى الحلبي وشركاه - القاهرة .

٧- اختلاف الفقهاء : تأليف الإمام العلامة أبي جعفر محمد بن جرير الطبرى ، المتوفى سنة ٣١٠ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت .

٨- الاختيار لتعليل المختار : للإمام عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى الحنفي ، المتوفى سنة ٦٨٣ هـ - وعليه تعليقات الشيخ / محمود أبو دقيقة . دار الدعوة .

٩- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول : لمحمد بن علي الشوكانى ، المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر سنة١٣٥٨هـ .

١٠- الاستيعاب فى أسماء الأصحاب : لأبى عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي المالكي ، المعروف بابن عبد البَرّ ، المتوفى سنة ٤٦٣ هـ (مطبوع بهامش الإصابة) - دار الفكر بيروت - سنة ١٣٩٨ هـ .

١١- أسد الغابة فى معرفة الصحابة : لعز الدين أبى الحسن علي بن محمد - المعروف بابن الأثير الجزري ، المتوفى سنة ٦٣٠ هـ - الناشر المكتبة الإسلامية.

١٢- أسنى المطالب شرح روض الطالب : لشيخ الإسلام أبي يحي زكريا الأنصاري الشافعي المتوفى سنة ٩٢٦ هـ - المكتبة الإسلامية .

١٣- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك فى فقه إمام الأئمة مالك : تأليف الإمام أبى بكر ابن حسن الكشناوي - الطبعة الأولى مطبعة عيسى البابي الحلبي- القاهرة .

١٤- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة : للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفى ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ - تحقيق وتعليق / عبد العزيز محمد الوكيل - الناشر مؤسسة الحلبي وشركاه - القاهرة - سنة ١٣٨٧ هـ .

١٥- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية : للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١ هـ - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣ هـ دار الكتب العلمية - بيروت .

١٦- الإشراف على مذاهب أهل العلم : للإمام الحافظ محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، المتوفى سنة ٣١٨ هـ - تحقيق / محمد نجيب سراج الدين - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـ - إدارة إحياء التراث الإسلامى بدولة قطر .

١٧- الإشراف على مسائل الخلاف : للقاضى عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ، المتوفي سنة ٤٢٢ هـ - مطبعة الإدارة - تونس .

١٨- الإصابة فى تمييز الصحابة : تأليف الحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلانى ، المتوفي سنة ٨٥٢ هـ - (وبهامشه الاستيعاب) دار الفكر - بيروت - سنة ١٣٩٨ هـ .

١٩- إعلام الموقعين عن رب العالمين : لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر- المعروف بابن قيم الجوزية ، المتوفي سنة ٧٥١ هـ - تحقيق / محيي الدين عبد الحميد - الطبعة الأولى سنة ١٣٧٤ هـ - مطبعة السعادة - مصر .

٢٠- الإفصاح عن معاني الصحاح : تأليف الوزير عون الدين أبى المظفر يحي بن محمد ابن هبيرة الحنبلي ، المتوفى سنة ٥٦٠ هـ - المؤسسة السعيدية - الرياض .

٢١- الإقناع فى الفقه الشافعي : تصنيف أبى الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ - تعليق / خضر محمد خضر - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٢ هـ - مكتبة دار العروبة .

٢٢- الأم : للإمام محمد بن إدريس الشافعي ، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ - دار الفكر - بيروت - سنة ١٤١٠ هـ .

٢٣- الأنساب : تأليف الإمام أبى سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور السمعاني ، المتوفى سنة ٥٦٢ هـ - تقديم وتعليق / عبد الله عمر البارودي - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨ هـ دار الجنان - بيروت .

٢٤- الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجّل أحمد بن حنبل : لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوى ، المتوفى سنة ٨٨٥ هـ - تحقيق / محمد حامد الفقي - الطبعة الأولى سنة ١٣٧٦ هـ - مطبعة السنة المحمدية - القاهرة .

٢٥- أنيس الفقهاء فى تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء : تأليف الشيخ /قاسم القونوي ، المتوفى سنة ٩٧٨ هـ - تحقيق الدكتور / أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٧ هـ - مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت .

٢٦- البحث الفقهي - طبيعته - خصائصه - أصوله - مصادره .. - : تأليف د / إسماعيل سالم عبد العال - الطبعة الأولى سنة ١٤١٢ هـ - الناشر مكتبة الزهراء -

٢٧- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : للعلامة زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفى ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ - الطبعة الثانية - دار المعرفة - بيروت .

٢٨- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، المتوفى سنة ٥٨٧ هـ - قدم له وخرج أحاديثه / أحمد مختار عثمان - مطبعة العاصمة - شارع الفلكى بالقاهرة .

٢٩- بدائع المنن فى جمع وترتيب مسند الشافعى والسنن : ترتيب عبد الرحمن البنّا (الساعاتي) - الطبعة الأولى سنة ١٣٦٩ هـ - دار الأنوار بمصر .

٣٠- البداية والنهاية : للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن إبراهيم بن كثير الدمشقى ، المتوفى سنة ٧٧٤ هـ - الطبعة الأولى سنة ١٩٦٦ م - مكتبة المعارف ومكتبة النصر - الرياض .

٣١- بلوغ المرام من أدلة الأحكام : تأليف الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلانى ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ - صححه وعلق عليه / محمد حامد الفقي - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩ هـ - مؤسسة الكتب الثقافية - بيروت .

٣٢- البناية فى شرح الهداية : لأبى محمد محمود بن أحمد العينى المتوفى سنة ٨٥٥ هـ .
تصحيح / المولوي محمد عمر الرامفوري - الطبعة الأولى سنة ١٤٠١ هـ - دار الفكر .
٣٣- تاج التراجم فى طبقات الحنفية : لزين الدين قاسم بن قطلوبغا ، المتوفى سنة ٨٧٩ هـ .
مطبعة العاني - بغداد - سنة ١٩٦٢ م .
٣٤- تاج العروس من جواهر القاموس : تأليف الإمام أبى الفيض محمد مرتضي الزبيدي ، المتوفى سنة ١٢٠٥ هـ - منشورات مكتبة دار الحياه - بيروت .
٣٥- تأريخ ابن معين : تأليف الإمام يحي بن معين بن عون المرّي ، المتوفي سنة ٢٣٣ هـ - تحقيق د/ أحمد محمد نور سيف - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ هـ - مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب - القاهرة .
٣٦- تأريخ الأمم والملوك : للعلامة أبى جعفر محمد بن جرير الطبري ، المتوفى سنة ٣١٠ هـ
تحقيق / محمد أبو الفضل إبراهيم - دار سويدان - بيروت .
٣٧- تأريخ بغداد (أو مدينة السلام) : للحافظ أبى بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادى ، المتوفى سنة ٤٦٣ هـ - دار الكتب العربي - بيروت .
٣٨- تأريخ الثقات : للإمام الحافظ أحمد بن عبد الله بن صالح العجلى ، المتوفى سنة ٨٠٧ هـ بترتيب / الحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى ، المتوفي سنة ٨٠٧ هـ - علق عليه الدكتور / عبد المعطى قلعجى - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت .
٣٩- التأريخ الكبير : تأليف الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، المتوفى سنة ٢٥٦ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت .
٤٠- تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق : لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، المتوفى سنة ٧٤٣ هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣١٤ هـ - بالمطبعة الأميرية ببولاق - مصر .
٤١ - تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذى : للحافظ محمد بن عبد الرحمن المباركفوري ، المتوفي سنة ١٣٥٣ هـ - ضبطه / عبد الرحمن محمد عثمان - الطبعة الثانية سنة ١٣٨٥ هـ مطبعة الفجالة الجديدة - القاهرة - الناشر : المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

٤٢- تحفة الحكّام : للقاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي المالكي من علماء القرن التاسع،وشرحها (الإتقان والإحكام) للإمام محمد بن أحمد ميارة الفاسي - المطبعة المصرية سنة ١٣١٥ هـ .

٤٣- تحفة المحتاج بشرح المنهاج : تأليف الإمام شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي الشافعي ، المتوفي سنة ٩٧٤ هـ - ومعها حاشية الشيخ / عبد الحميد الشرواني ، وحاشية الشيخ / أحمد بن قاسم العبادي - دار صادر .

٤٤- تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي : لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١ هـ - حققه / عبد الوهاب عبد اللطيف - الطبعة الأولى سنة ١٣٧٩ هـ - المكتبة العلمية بالمدينة المنورة .

٤٥- تذكرة الحفاظ : لأبى عبد الله محمد بن أحمد الذهبي ، المتوفى سنة ٧٤٨ هـ - دار إحياء التراث العربي - بيروت .

٤٦- تصحيح التنبيه : للإمام محيي الدين - يحي بن شرف النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ مطبوع بهامش التنبيه للشيرازي - الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٠ هـ - مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر .

٤٧- تفسير القرآن العظيم : للحافظ أبى الفداء إسماعيل بن إبراهيم بن كثير الدمشقي ، المتوفى سنة ٧٧٤ هـ - كتب هوامشه وضبطه / حسين إبراهيم زهران - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٨ هـ - دار الفكر - بيروت .

٤٨- تفسير المشكل من غريب القرآن : للإمام مكيّ بن أبى طالب القيسي ، المتوفى سنة ٤٣٧ هـ - تحقيق الدكتور / علي حسين البواب - مكتبة المعارف بالرياض - سنة ١٤٠٦ هـ .

٤٩- تقريب التهذيب : للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ - دراسة وتحقيق / مصطفى عبد القادر عطا - الطبعة الأولى سنة ١٤١٣ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت .

٥٠- التكملة الثانية للمجموع شرح المهذب : للأستاذ / محمد نجيب المطيعي - مطبعة الإمام بمصر .

٥١- التلخيص : لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي ، المتوفى سنة ٧٤٨ هـ مطبوع بهامش المستدرك للحاكم - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت .
٥٢- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير : للحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ - صححه ونشره السيد / عبد الله هاشم اليماني المدني - شركة الطباعة الفنيه المتحدة بالقاهرة - سنة ١٣٨٤ هـ .
٥٣- التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي : تأليف أبي إسحاق إبراهيم ابن على ابن يوسف الشيرازي ، المتوفى سنة ٤٧٦ هـ - الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٠ هـ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي - القاهرة .
٥٤- التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع : تأليف علاء الدين أبى الحسن علي بن سليمان المرداوي ، المتوفى سنة ٨٨٥ هـ - المؤسسة السعيدية بالرياض .
٥٥- تهذيب الأسماء واللغات : للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ - طبع إدارة الطباعة المنيرية بمصر - تصوير دار الكتب العلمية - بيروت .
٥٦- تهذيب التهذيب : تأليف الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣٢٥ هـ - دار المعارف النظامية - الهند .
٥٧- تهذيب الكمال في معرفة أسماء الرجال : للحافظ أبي الحجاج يوسف بن عبد الرحمن ابن يوسف المِزي ، المتوفى سنة٧٤٢ هـ حققه الدكتور / بشار عواد معروف - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٧ هـ - مؤسسة الرسالة .
٥٨- تيسير التحرير : لمحمد أمين ، المعروف بأمير باد شاه الحنفي ، وهو شرح لكتاب التحرير لكمال الدين محمد بن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ هـ - مطبعة البابي الحلبي بمصر - سنة ١٣٥٠ هـ .
٥٩- جامع البيان عن تأويل آي القرآن : تأليف أبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، المتوفى سنة ٣١٠ هـ- الطبعة الثانية سنة ١٣٧٣ هـ-مطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده بمصر .
٦٠- الجامع الصحيح المسند المختصر من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح البخاري) : لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، المتوفى سنة ٢٥٦ هـ - مطبوع مع شرحه (فتح الباري) - تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب - الطبعة الأولى سنة ١٣٧٩ هـ- المطبعة السلفية - القاهرة .

٦١- الجامع لأحكام القرآن : لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، المتوفى سنة ٦٧١ هـ - مطبعة دار الكتب المصرية .

٦٢- الجرح والتعديل : لأبي محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس الرازي (ابن أبي حاتم) ، المتوفى سنة ٣٢٧ هـ . الطبعة الأولى سنة ١٣٧٣ هـ - مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر أباد - الهند .

٦٣- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل فى مذهب الإمام مالك : تأليف الشيخ / صالح ابن عبد السميع الأزهري - دار الفكر - بيروت .

٦٤- الجواهر المضيئة فى طبقات الحنفية : تأليف محيي الدين عبد القادر محمد بن محمد القرشي الحنفي ، المتوفى سنة ١٣٣٢ هـ - مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر أباد - الهند .

٦٥- الجوهر النقي على سنن البيهقي : للعلامة علاء الدين علي بن عثمان المارديني (ابن التركماني) ، المتوفى سنة ٧٤٥ هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣٥٥ هـ - حيدر آباد - الهند (مطبوع بهامش السنن الكبرى للبيهقي) .

٦٦- حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري ، المتوفى سنة ١٠٨٧هـ على نهاية المحتاج - الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦ هـ (مطبوع بهامش النهاية) .

٦٧- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير : تأليف الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ - دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي .

٦٨- حاشية الرملي على أسنى المطالب : للإمام أبي العباس الشهاب أحمد بن حمزة الرملي الكبير ، المتوفي سنة ٩٥٧ هـ - (مطبوع بهامش أسنى المطالب شرح روض الطالب) - الناشر المكتبة الإسلامية .

٦٩- حاشية عميرة على منهاج الطالبين : تأليف الإمام شهاب الدين أحمد البرسلي الملقب بعميرة ، والمتوفى سنة ٩٥٧ هـ - على المنهاج للنووي - طبع دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر .

٧٠- حاشية قليوبي على المنهاج : تأليف الإمام شهاب الدين أحمد بن سلامة القليوبي ، المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ - مطبوع مع حاشية عميرة - دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر .

٧١- الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه ، وهو شرح مختصر المزني : تصنيف أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، المتوفى سنة ٤٥٠ هـ . تعليق الشيخ / على محمد معوّض ، والشيخ /عادل أحمد عبد الموجود - الطبعة الأولى سنة ١٤١٤ هـ دار الكتب العلمية - بيروت .

٧٢- الحدود فى الأصول : لأبي سليمان بن خلف الباجي الأندلسي ، المتوفى سنة ٤٧٤ هـ - تحقيق الدكتور / نزيه حماد - بيروت سنة ١٣٩٢ هـ .

٧٣- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء : لأبى نعيم أحمد بن عبد الله الأصفهاني ، المتوفى سنة ٤٣٠ هـ - الطبعة الثالثة ١٤٠٠ هـ - الناشر دار الكتاب العربي - بيروت .

٧٤- حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء : تأليف سيف الدين أبي بكر محمد بن أحمد الشاشي ، المتوفى سنة ٥٠٧ هـ - حققه وعلق عليه الدكتور / ياسين أحمد درادكه - الطبعة الأولى سنة ١٩٨٨ م - مكتبة الرسالة الحديثة - عمّان - الأردن .

٧٥- الخرشي على مختصر خليل : تأليف الإمام محمد الخرشي المالكي المتوفى سنة ١١٠١ هـ - في شرح مختصر خليل (وبهامشه حاشية الشيخ العدوي) دار صادر - بيروت .

٧٦- الدر المنثور فى التفسير بالمأثور : لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١ هـ - دار المعرفة للطباعة - بيروت .

٧٧ - رحمة الأمة فى اختلاف الأئمة : تأليف أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي ، من علماء القرن الثامن - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧ هـ دار الكتب العلمية - بيروت .

٧٨ - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين وتكملتها) للشيخ / محمد أمين الشهير بابن عابدين الدمشقي ، المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ وابنه محمد علاء الدين - دار إحياء التراث العربي - بيروت .

٧٩- الرسالة : للإمام محمد بن إدريس الشافعي ، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ - بتحقيق وشرح الشيخ / أحمد محمد شاكر - دار الكتب العلمية ببيروت .

٨٠- الروض المربع بشرح زاد المستقنع : للشيخ / منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، المتوفى سنة ١٠٥١ هـ - عالم الكتب - بيروت .

٨١- روضة الطالبين وعمدة المفتين : ليحي بن شرف النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ - الطبعة الثالثة سنة ١٤١٢ هـ - المكتب الإسلامى - بيروت .

٨٢- روضة الناظر وجُنة المناظر : لموفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المتوفى سنة ٦٢٠ هـ تحقيق الدكتور / عبد العزيز السعيد - الطبعة الثانية سنة ١٣٩٩ هـ - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض .

٨٣- زاد المعاد في هدى خير العباد : لأبي عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيّم الجوزية ، المتوفى سنة ٧٥٢ هـ ، تحقيق / شعيب الأرناؤوط وعبد القادر الأرناؤوط - مؤسسة الرسالة - بيروت - سنة ١٤٠٥ هـ .

٨٤- سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام : للإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني ، المتوفى سنة ١١٨٢ هـ ، صححه وعلق عليه الدكتور / محمد البيانوني والدكتور / خليل إبراهيم ملا خاطر - طبع كلية الشريعة بالرياض سنة ١٣٩٧ هـ .

٨٥- سنن الترمذي (الجامع الصحيح) : لأبي عيسى محمد بن سورة الترمذي ، المتوفى سنة ٢٧٩ هـ تحقيق وتخريج / محمد فؤاد عبد الباقى - الناشر المكتبة الإسلامية .

٨٦- سنن الدار قطني : للإمام على بن عمر الدار قطنى ، المتوفى سنة ٣٨٥ هـ ، (وبذيله التعليق المغني) - الطبعة الثالثة سنة ١٤١٣ هـ - عالم الكتب - بيروت .

٨٧- سنن أبي داود : للحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ (وبهامشه معالم السنن للخطابي) إعداد وتعليق / عزت عبيد الدعاس - الطبعة الأولى سنة ١٣٨٨ هـ - دار الحديث - حمص سورية .

٨٨- السنن الكبرى : للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقي ، المتوفى سنة ٤٥٨ هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣٥٥ هـ - حيدر آباد - الهند .

٨٩- سنن ابن ماجه : لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزونيني ، المتوفى سنة ٢٧٥ هـ تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقى - مطبعة عيسى البابى الحلبي - القاهرة .

٩٠- سنن النسائى (المجتبي) للحافظ أحمد بن شعيب النسائى ، المتوفى سنة ٣٠٣ هـ (ومعه زهر الربي على المجتبي - للسيوطي) - الطبعة الأولى سنة ١٣٨٣ هـ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر .

٩١- سير أعلام النبلاء : تصنيف الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى ، المتوفى سنة ٧٤٨ هـ - تحقيق / شعيب الأرناؤوط وصالح السمر - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٢هـ - مؤسسة الرسالة - بيروت .

٩٢- السيرة النبوية : لأبي محمد عبد الملك بن هشام الحميري ، المتوفى سنة ٢١٨ هـ ، تحقيق / محيي الدين عبد الحميد - دار الفكر - بيروت .

٩٣- السيرة النبوية : للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن إبراهيم بن كثير الدمشقي ، المتوفى سنة ٧٧٤ هـ - تحقيق / مصطفى عبد الواحد - دار المعرفة للطباعة - بيروت - سنة ١٣٩٣ هـ .

٩٤- شذرات الذهب فى أخبار من ذهب : تأليف الإمام أبى الفرج عبد الحي ابن العماد الحنبلى ، المتوفى سنة ١٠٨٩ هـ - دار الفكر - بيروت .

٩٥- شرح صحيح مسلم : للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ - دار الفكر - بيروت .

٩٦- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك : للعلامة أبى البركات أحمد ابن محمد بن أحمد الدردير ، المتوفى سنة ١٢٠١ هـ - دار المعارف بمصر - سنة ١٩٧٢م .

٩٧- شرح علل الترمذى : للحافظ عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ، المتوفى سنة ٧٩٥ هـ تحقيق الدكتور / نور الدين عتر - طبع دار الملاح للطباعة والنشر سنة ١٣٩٨ هـ .

٩٨- الشرح الكبير : لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير ، المتوفى سنة ١٢٠١ هـ مطبوع بهامش كتاب حاشية الدسوقي - دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبي وشركاه - مصر .

٩٩- الشرح الكبير على متن المقنع : تأليف الشيخ / شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن محمد ابن أحمد بن قدامة المقدسي ، المتوفى سنة ٦٨٢ هـ - طبعة كلية الشريعة - الرياض .

١٠٠- شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير : تأليف العلامة محمد بن أحمد ابن عبدالعزيز الفتوحي الحنبلى (ابن النجار) ، المتوفى سنة ٩٧٢ هـ ، تحقيق الدكتور / محمد الزحيلى ، والدكتور / نزيه حماد - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٨ هـ - جامعة أم القرى - مركز البحث العلمي .

١٠١- شرح المحلي على جمع الجوامع : لجلال الدين محمد بن أحمد المحلي المتوفى سنة ٨٦٤ هـ (مطبوع بهامش حاشية البناني) - مطبعة دار إحياء الكتب العربية لعيسى الحلبي - القاهرة .

١٠٢- شرح منتهى الإدارات : للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، المتوفى سنة ١٠٥١ هـ - الناشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

١٠٣- شعب الإيمان : للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي ، المتوفى سنة ٤٥٨ هـ ، تحقيق / محمد السعيد زغلول - الطبعة الأولى سنة ١٤١٠ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت .

١٠٤ - الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية) : لإسماعيل بن حماد الجوهري ، المتوفى سنة ٣٩٣ هـ تحقيق / أحمد عبد الغفور عطار - الطبعة الأولى سنة ١٣٧٦ هـ - دار الكتاب العربي - القاهرة .

١٠٥- صحيح مسلم : للإمام مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابوري ، المتوفى سنة ٢٦١ هـ ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقى - الطبعة الأولى سنة ١٣٧٤ هـ - دار إحياء الكتب العربية - القاهرة .

١٠٦- صفة الصفوة : لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن على بن الجوزى ، المتوفى سنة ٥٩٧ هـ ، تحقيق / محمود فاخورى ومحمد رواش قلعة جي - الطبعة الأولى سنة ١٣٨٩ هـ - مطبعة الأصيل - والناشر دار الوعى - حلب .

١٠٧- الضعفاء الكبير : للحافظ أبي جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيلي ، المتوفى سنة ٣٢٢ هـ ، تحقيق الدكتور / عبد المعطى أمين قلعجى - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت .

١٠٨ - الضعفاء والمتروكين : لأبى الفرج عبد الرحمن بن على بن الجوزى ، المتوفى سنة ٥٩٧ هـ - حققه / أبو الفداء عبد الله القاضي - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت .

١٠٩- طبقات الحفاظ : لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطى ، المتوفى سنة ٩١١ هـ تحقيق / على محمد عمر - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٣ هـ - نشر مكتبة وهبة بالقاهرة .

١١٠- الطبقات السنية فى تراجم الحنفية : لتقي الدين بن عبد القادر التميمى الدارى الغزي الحنفى ، المتوفى سنة ١٠٠٥ هـ ، تحقيق الدكتور / عبد الفتاح محمد الحلو - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣ هـ - دار الرفاعي للنشر والطباعة - الرياض .

١١١- طبقات الشافعية : تأليف جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوى ، المتوفى سنة ٧٧٢ هـ ، تحقيق / عبد الله الجبوري - دار العلوم للطباعة والنشر بالرياض - سنة ١٤٠١ هـ.

١١٢- طبقات الشافعية : لأبي بكر بن أحمد بن قاضي شهبة الدمشقي ، المتوفى سنة ٨٥١ هـ ، اعتنى بتصحيحه وعلق عليه الدكتور / الحافظ عبد العليم خان - مؤسسة دار الندوة الجديدة - بيروت - سنة ١٤٠٧ . ١٤٠٨ هـ .

١١٣- طبقات الشافعية : لأبي بكر بن هداية الله الحسيني ، المتوفى سنة ١٠٤١ هـ تحقيق / عادل نويهض، الطبعة الأولى - سنة ١٩٧١ م - دار الآفاق الجديدة - بيروت .

١١٤- طبقات الشافعية الكبرى : لتاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي ، المتوفى سنة ٧٧١ هـ ، تحقيق / محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو - الطبعة الأولى سنة ١٣٨٣ هـ - مطبعة عيسى البابي الحلبي - مصر .

١١٥- طبقات الفقهاء : للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازى ، المتوفى سنة ٤١٢ هـ - مطبعة بغداد - سنة ١٣٥٦ هـ .

١١٦- طبقات القراء (غاية النهاية فى طبقات القراء) : لشمس الدين أبى الخير محمد ابن محمد بن الجزري ، المتوفى سنة ٨٣٣ هـ ، عني بنشره : ج . برجستراسر ، الطبعة الثالثة - سنة ١٤٠٢ هـ - دار الكتب العلمية - بيروت .

١١٧- طبقات المفسرين : لجلال الدين عبد الحمن السيوطى ، المتوفى سنة ٩١١ هـ تحقيق / على محمد عمر - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٦ هـ - مطبعة الحضارة العربية - الفجالة .

١١٨- الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية : لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزيّة ، المتوفى سنة ٧٥٢ هـ تحقيق / محمد جميل أحمد - مطبعة المدني بمصر سنة ١٣٨١ هـ .

١١٩- عارضة الأحوذى فى شرح كتاب أبى عيسى (شرح الجامع الصحيح للترمذى) : للقاضى أبى بكر محمد بن عبد الله الأشبيلى (ابن العربي المالكي) ، المتوفى سنة ٥٤٣ هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣٥٠ هـ - المطبعة المصرية - القاهرة .

١٢٠- العبر فى خبر من غبر : للحافظ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ، المتوفى سنة ٧٤٨ هـ ، تحقيق / محمد السعيد زغول - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥ هـ - دار الكتب العلمية .

١٢١- العدة شرح العمدة فى فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني رضي الله عنه : تأليف بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ، المتوفى سنة ٦٢٤ هـ - الناشر مكتبة الرياض الحديثة - الرياض .

١٢٢- علوم الحديث : للإمام أبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري (ابن الصلاح) المتوفى سنة ٦٤٣ هـ ، حققه / نور الدين عتر - الناشر المكتبة العلمية بالمدينة المنورة سنة ١٣٨٦ هـ .

١٢٣- العناية على الهداية : للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ، المتوفي سنة ٧٨٦ هـ - (مطبوع مع فتح القدير لابن الهمام) - الطبعة الأولى سنة ١٣٨٩ هـ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر .

١٢٤- عيون الأثر فى فنون المغازي والشمائل والسير : لأبي الفتح محمد بن محمد المعروف (بابن سيّد الناس) المتوفى سنة ٣٧٤ هـ ، الطبعة الثانية ١٩٧٤ - دار الجيل - بيروت .

١٢٥- فتاوى قاضي خان (الفتاوى الخانيّة) : للإمام حسن بن منصور الأوز جندي الفرغاني ، المتوفى سنة ٢٩٥هـ ، (مطبوعة بهامش الفتاوي الهندية) - الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٠ هـ - دار إحياء التراث العربي - بيروت .

١٢٦- الفتاوى الكبرى الفقهية : للشيخ / شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمى ، المتوفى سنة ٩٧٤ هـ - المكتبة الإسلامية .

١٢٧- الفتاوى الهندية فى مذهب الإمام أبى حنيفة : للإمام محيي الدين محمد أورنك زيب عالمكير بادشاه . (وبهامشه فتاوى قاضي خان) الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٠ هـ - دار إحياء التراث العربي - بيروت .

١٢٨- فتح الباري بشرح صحيح البخاري : للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ، تحقيق / محب الدين الخطيب ، وترقيم / محمد فؤاد عبد الباقي ، الطبعة الثالثة - سنة ١٤٠٧ هـ - المطبعة السلفية - القاهرة .

١٢٩- فتح العزيز فى شرح الوجيز : لأبى القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعى ، المتوفى سنة ٦٢٣ هـ - (مطبوع بهامش المجموع شرح المهذب)،دار الفكر .

١٣٠- فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية فى علم التفسير : تأليف محمد بن علي الشوكاني ، المتوفى سنة ١٢٥٠ هـ - دار الفكر - بيروت سنة ١٤٠٣ هـ .

١٣١- فتح القدير فى شرح الهداية : لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، المتوفى سنة ٨٦١ هـ ، وتكملته نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده ، المتوفى سنة ٩٨٨ هـ - (ومعه العناية على الهداية للإمام محمد البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ) الطبعة الأولى سنة ١٣٨٩ هـ - مطبعة مصطفى الحلبى - مصر .

١٣٢- الفروع : للشيخ شمس الدين أبى عبد الله محمد بن مفلح المقدسي ، المتوفى سنة ٧٦٣ هـ - (ويليه تصحيح الفروع : للشيخ أبي الحسن على بن سليمان المرداوي ، المتوفى سنة ٨٨٥ هـ) الطبعة الثانية سنة ١٣٨٣ هـ - دار مصر للطباعة .

١٣٣- فقه الإمام أبي ثور :رسالة ماجستير من الأزهر،لسعدي حسين على جبر - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٣ هـ مؤسسة الرسالة - الناشر : دار الفرقان .

١٣٤- الفوائد البهية فى تراجم الحنفية : لأبى الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي المتوفى سنة ١٣٠٤ هـ - تصوير دار المعرفة - بيروت - عن طبعة كراتشى سنة ١٣٩٣ هـ (وبهامشه التعليقات السنيّة ..) .

١٣٥ - الفهرست : تأليف أبي الفرج محمد بن إسحاق بن محمد بن النديم ، المتوفى سنة ٤٣٨ هـ - دار المعرفة للطباعة - بيروت .

١٣٦- القاموس المحيط : تأليف العلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، المتوفى سنة ٨١٧ هـ - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٧ هـ - مؤسسة الرسالة ، بيروت .

١٣٧- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام : لشيخ الإسلام عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، المتوفى سنة ٦٦٠ هـ - راجعة وعلق عليه / طه عبد الرؤوف سعد - نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

١٣٨- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية : لمحمد بن أحمد بن جزيّ المالكي المتوفى سنة ٧٤١ هـ - دار العلم للملايين - بيروت - سنة ١٩٧٤ م .

١٣٩- الكاشف فى معرفة من له رواية فى الكتب الستة : للإمام أبى عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى ، المتوفى سنة ٧٤٨ هـ ، تحقيق / عزت علي عيد عطية وموسى محمد على الموشي - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٢ - دار النصر للطباعة - القاهرة .

١٤٠- الكافي في فقه الإمام المبجّل أحمد بن حنبل : تأليف أبي محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامة المقدسى ، المتوفى سنة ٦٢٠ هـ - الطبعة الثانية سنة ١٣٩٩ هـ المكتب الإسلامى - بيروت .

١٤١- الكافى فى فقه أهل المدينة : للإمام يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ النمري ، المتوفى سنة ٤٦٣ هـ - تحقيق الدكتور / محمد محمد الموريتاني - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٠ هـ - الناشر مكتبة الرياض الحديثة .

١٤٢- الكامل في التاريخ : تأليف الشيخ / أبى الحسن علي بن محمد بن عبد الكريم الشيباني المعروف بابن الأثير الجزري ، المتوفى سنة ٦٣٠ هـ - طبعة دار صادر بيروت - سنة ١٤٠٢ هـ .

١٤٣- الكامل فى ضعفاء الرجال : للإمام عبد الله بن عدي بن عبد الله الجرحاني ، المتوفى سنة ٣٦٥ هـ - الطبعة الأولى - سنة ١٤٠٤ هـ - دار الفكر - بيروت .

١٤٤- كتاب أدب القضاء : تأليف القاضى شهاب الدين أبى إسحاق إبراهيم بن عبد الله الهمدانى الحموى المعروف بابن أبى الدم الشافعى ، المتوفى سنة ٦٤٢هـ تحقيق الدكتور/ محيي هلال السرحان - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ . مطبعة الإرشاد - بغداد .

١٤٥- كتاب البيوع من الحاوى الكبير : لأبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠هـ - تحقيق الدكتور / محمد مفضل مصلح الدين - رسالة دكتوراه من جامعة أم القرى .

١٤٦- كتاب التعريفات : تأليف الشريف بن على بن محمد الجرجانى ، المتوفى سنة ٨١٦ هـ - الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٨هـ - دار الكتب العلمية بيروت .

١٤٧- كتاب الحج من الحاوى الكبير : لأبي الحسن على محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠هـ - تحقيق الدكتور / غازى طه خصيفان . رسالة دكتوراة من جامعة أم القرى .

١٤٨- كتاب الشفعة من الحاوى الكبير : لأبي الحسن على محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠هـ - تحقيق الدكتور / حسن علي كروكلي - رسالة دكتوراة جامعة أم القرى.

١٤٩- كتاب الشهادات من الحاوى الكبير : لأبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى ، المتوفى سنة ٤٥٠هـ - تحقيق الدكتور / محمد ظاهر أسد الله - رسالة دكتوراة من جامعة أم القرى .

١٥٠- كتاب الطهارة من الحاوى الكبير : لأبي الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى ، المتوفى سنة ٤٥٠هـ - تحقيق الدكتورة / راوية بنت أحمد الظهار - رسالة دكتوراة من جامعة أم القرى .

١٥١- كتاب النكاح من الحاوى الكبير : لأبى الحسن محمد بن على بن حبيب الماوردى ، المتوفى سنة ٤٥٠هـ - تحقيق الدكتور / عبد الرحمن الأهدل - رسالة دكتوراة من جامعة أم القرى .

١٥٢- الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل فى وجوه التأويل : تفسير جار الله محمود بن عمر الزمخشرى ، المتوفى سنة ٥٢٨هـ - دار الكتاب العربى - بيروت.

١٥٣- كشاف القناع عن متن الإقناع : للشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلى المتوفى سنة ١٠٥١هـ - مطبعة الحكومة بمكة سنة ١٣٩٤ هـ .

١٥٤- كشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب الستة : لنور الدين على بن أبى بكر

الهيثمى ، المتوفى سنة ٨٠٧هـ - تحقيق الشيخ / عبد الرحمن الأعظمى - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩هـ - مؤسسة الرسالة - بيروت .

١٥٥- كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون : للإمام مصطفى بن عبد الله الشهير بحاجى خليفة ، المتوفى سنة ١٠٦٧ هـ - منشورات مكتبة المثنى - بغداد .

١٥٦- كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار : تأليف الإمام تقى الدين أبى بكر بن محمد الحسينى الحصنى الشافعى - من علماء القرن التاسع الهجرى - دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبى .

١٥٧- كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال : لعلاء الدين على المتقى ابن حسام الهندى ، المتوفى سنة ٩٧٥هـ - مكتبة التراث الإسلامى - حلب ..

١٥٨- اللباب فى تهذيب الأنساب : تأليف عز الدين على بن محمد بن عبد الكريم بن الأثير الجزرى ، المتوفى سنة ٦٣٠هـ - دار صادر - بيروت .

١٥٩- لسان العرب : لأبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقى المصرى ، المتوفى سنة ٧١١هـ - طبعة مصورة عن طبعة بولاق - الدار المصرية للتأليف والترجمة+ طبعة دار صادر .

١٦٠- لسان الميزان : للحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى ، المتوفى سنة ٨٥٢هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣٣٠هـ - مطبعة دائرة المعارف النظامية - الهند - منشورات مؤسسة الأعلمى للمطبوعات - بيروت .

١٦١- المبسوط : تأليف الإمام شمس الدين محمد بن أبى سهل السرخسى ، المتوفى سنة ٤٩٠هـ - الطبعة الثانية - دار المعرفة - بيروت .

١٦٢- المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين : لمحمد بن أحمد بن حيان البستى (ابن أبى حاتم) ، المتوفى سنة ٣٥٤هـ تحقيق / محمود إبراهيم زايد - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٦هـ - دار الوعى - حلب .

١٦٣- مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر : تأليف المحقق عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندى ، المتوفى سنة ١٠٧٨هـ - دار إحياء التراث العربى - بيروت .

١٦٤- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : للحافظ نور الدين على بن أبي بكر الهيثمى المتوفى سنة ٨٠٧هـ - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٧م - دار الكتاب العربى - بيروت .

١٦٥- المجموع شرح المهذب : للإمام محيى الدين بن شرف النووى ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ (وبهامشه فتح العزيز وتلخيص الحبير) - طبع إدارة الطباعة المنيرية - القاهرة .

١٦٥- المحصول فى علم الأصول : لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازى ، المتوفى سنة ٦٠٦هـ ، تحقيق الدكتور / طه جابر العلوانى - مطابع الفرزدق - الرياض سنة ١٣٩٩هـ .

١٦٦- المحلّى بالآثار : لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى ، المتوفى سنة ٤٥٦هـ ، تحقيق الدكتور / عبد الغفار سليمان البغدادى - دار الكتب العلمية - بيروت - سنة ١٤٠٨هـ .

١٦٧- مختصر خليل فى فقه الإمام مالك : تأليف خليل بن إسحاق بن موسى المالكى . من علماء القرن التاسع الهجري،مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر - سنة ١٣٤١هـ .

١٦٨- مختصر الطحاوى : تأليف الإمام أبى جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوى ، المتوفى سنة ٣٢١هـ - دار إحياء العلوم - بيروت .

١٦٩- المختصر فى فقه الإمام الشافعى : لأبى إبراهيم إسماعيل بن يحى المزنى ، المتوفى سنة ٢٦٤هـ . مطبوع مع كتاب الأم للشافعى فى الجزء الثامن - دار الفكر بيروت - سنة ١٤١٠هـ.

١٧٠- المدونة الكبرى : للإمام مالك بن أنس الأصبحى ، المتوفى سنة ١٧٩هـ ، رواها سحنون ابن سعيد التنوخى عن عبد الرحمن بن القاسم عن الإمام مالك - الطبعة الأولى - مطبعة السعادة - مصر - وأعيد طبعه بالأوفست - دار صادر بيروت .

١٧١- مرآة الجنان وعبرة اليقظان فى معرفة ما يعتبر من حوادث الزمان : تأليف الإمام عبدالله بن أسعد بن على اليافعى اليمانى ، المتوفى سنة ٧٦٨هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣٨٨هـ دائرة المعارف النظامية - حيدر أباد الهند .

١٧٢- مراتب الإجماع فى العبادات والمعاملات والمعتقدات : لأبي محمد على بن أحمد ابن سعيد بن حزم الأندلسى ، المتوفى سنة ٤٥٦هـ - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٠هـ - دار الآفاق الجديدة بيروت .

١٧٣- المستدرك على الصحيحين : لأبى عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابورى ، المتوفى سنة ٤٠٥هـ - تصوير عن طبعة حيدر أباد الهند - سنة ١٣٣٥هـ .

١٧٤- المستصفى من علم الأصول : لأبى حامد محمد بن محمد الغزالى ، المتوفى سنة ٥٠٥هـ- الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٢٢ هـ .

١٧٥- المسند : للإمام أحمد بن حنبل الشيبانى ، المتوفى سنة ٢٤٢هـ - المطبعة الميمنية بالقاهرة - سنة ١٣١٣هـ .

١٧٦- مسند أبى داود الطيالسى : للحافظ سليمان بن داود بن الجارود البصرى المعروف بالطيالسي ، المتوفى سنة ٢٠٣ هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣٢١هـ - مطبعة حيدر أباد- الهند.

١٧٧- مسند الإمام الشافعى : للإمام محمد بن إدريس ، المتوفى سنة ٢٠٤هـ - مطبوع مع كتاب الأم - دار الفكر - بيروت - سنة ١٤١٠هـ .

١٧٨- مشكل الآثار : للإمام الحافظ أحمد بن محمد بن سلامة الأزدى - أبو جعفر الطحاوى، المتوفى سنة ٣٢١هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣٣٣هـ - مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية - حيدر أياد - الهند .

١٧٩- المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير : للشيخ أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى، المتوفى سنة ٧٧٠هـ - دار الفكر - بيروت .

١٨٠- المصنف فى الأحاديث والآثار : لأبى بكر عبد الله بن محمد بن أبى شيبه ، المتوفى سنة ٢٣٥هـ - اعتنى بتحقيقه وطبعة ونشره / مختار أحمد الندوى - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠ هـ - الدار السلفية - بومباى - الهند .

١٨١- مصنف عبد الرزاق : للحافظ أبى بكر عبد الرزاق بن همام الصنعانى ، المتوفى سنة ٢١١هـ ، تحقيق الشيخ / حبيب الرحمن الأعظمى - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٠هـ - المكتب الإسلامى - بيروت .

١٨٢- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية : للحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى ، المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، تحقيق الشيخ / حبيب الرحمن الأعظمى - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٣هـ - المطبعة العصرية - الكويت .

١٨٣- المطلب العالى فى شرح وسيط الغزالى : لأبى العباس أحمد بن محمد بن علي ابن مرتفع الأنصارى الشافعى ، المتوفى سنة ٧١٠هـ - مخطوط فى الفقه الشافعى - وصورته فى مركز إحياء التراث بالجامعة - رقم ١٢٤ .

١٨٤- معالم السنن : للمحدث أبى سليمان حمد بن محمد الخطابى ، المتوفى سنة ٣٨٨هـ - (مطبوع بهامش سنن أبى داود) إعداد وتعليق / عزت عبيد الدعاس - الطبعة الأولى سنة ١٣٨٨هـ - دار الحديث - حمص - سورية .

١٨٥- المعتمد فى أصول الفقه : لأبى الحسين محمد بن على بن الطيب البصرى المعتزلى ، المتوفى سنة ٤٣٦هـ - تحقيق / محمد حميد الله - طبع المعهد العلمى الفرنسى بدمشق - سنة ١٣٨٤هـ .

١٨٦- معجم الأدباء : للشيخ أبى عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموى ، المتوفى سنة ٦٢٦هـ - طبع الدكتور / فريد الرفاعى - مطبعة المأمون - القاهرة - سنة ١٣٥٧هـ.

١٨٧- معجم البلدان : للشيخ أبى عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموى البغدادى - دار بيروت للطباعة والنشر - سنة ١٣٧٤هـ .

١٨٨- معجم مقاييس اللغة : لأبى الحسين أحمد بن على بن فارس بن زكريا المتوفى سنة ٣٩٥هـ ، بتحقيق وضبط / عبد السلام محمد هارون - الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٢هـ - الناشر مكتبة الخانجى بمصر .

١٨٩- معرفة السنن والآثار : للحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن عبد البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨هـ - تحقيق / عبد المعطي أمين قلعجي - الطبعة الأولى سنة ١٤١١ هـ - دار الوعي - حلب .

١٩٠- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام : تأليف الإمام علاء الدين أبى الحسن على بن خليل الطرابلسى الحنفى - الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣هـ - مطبعة مصطفى البابى الحلبى بمصر .

١٩١- المغانم المطابة فى معالم طابة : تأليف مجد الدين أبى الطاهر محمد بن يعقوب الفيروز أبادى ، المتوفى سنة ٨٢٣هـ ، تحقيق / حمد الجاسر - الطبعة الأولى سنة ١٣٨٩هـ - دار اليمامة - الرياض .

١٩٢- المغرب فى ترتيب المعرب : لأبى الفتح ناصر بن عبد السيد بن على المطرزى ، المتوفى سنة ٦١٦هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩ - مكتبة أسامة بن زيد - سوريا .

١٩٣- المغنى على مختصر الخرقى : للموفق أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى ، المتوفى سنة ٦٢٠هـ - تحقيق الدكتور / طه محمد الزينى - الناشر مكتبة القاهرة - سنة ١٣٨٩ هـ .

١٩٤- المغنى فى الضعفاء : للحافظ شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى ، المتوفى سنة ٧٤٨هـ ، تحقيق / نور الدين عتر - الطبعة الأولى سنة ١٣٩١هـ - دار المعارف - حلب .

١٩٥- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج : للشيخ محمد الخطيب الشربينى المتوفى سنة ٩٧٧هـ (على منهاج الطالبين للنووى) - دار الفكر - بيروت.

١٩٦- المقنع فى فقه إمام السنة أحمد بن حنبل لشيبانى رضى الله عنه : للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى ، المتوفى سنة ٦٢٠هـ - الطبعة الثالثة - المؤسسة السعيدية بالرياض .

١٩٧- المنتظم فى تاريخ الملوك والأمم : لأبى الفرج عبد الرحمن بن على بن الجوزى ، المتوفى سنة ٥٩٧هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣٥٩ هـ - حيدر أباد - الهند .

١٩٨- منهاج السنة النبوية فى نقض كلام الشيعة القدرية : لأبى العباس شيخ الإسلام / أحمد بن عبد الحليم بن تيمية ، المتوفى سنة ٧٢٨هـ، تحقيق الدكتور / محمد رشاد سالم - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦هـ - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض .

١٩٩- منهاج الطالبين : للإمام محيى الدين بن شرف النووى ، المتوفى سنة ٦٧٦هـ (مطبوع مع مغنى المحتاج) دار الفكر - بيروت .

٢٠٠- موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان : لنور الدين على بن أبى بكر الهيثمى ، المتوفى سنة ٨٠٧هـ ، تحقيق / محمد عبد الرزاق حمزة - المطبعة السلفية - القاهرة .

٢٠١- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : للإمام أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربى المعروف بالحطاب ، المتوفى سنة ٩٥٤هـ - (وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق المتوفى سنة ٨٩٧هـ) الطبعة الثانية سنة ١٣٩٨هـ - دار الفكر .

٢٠٢- موسوعة الإجماع فى الفقه الإسلامى : للمستشار / سعدى أبو حبيب - دار العربية للطباعة والنشر - بيروت .

٢٠٣- موسوعة التاريخ الإسلامى والحضارة الإسلامية : تأليف الدكتور / أحمد شلبى - الطبعة السادسة - سنة ١٩٧٤م .

٢٠٤- الموطأ : للإمام مالك بن أنس الأصبحى ، المتوفى سنة ١٧٩هـ - (مطبوع مع تنوير الحوالك للسيوطى) - المكتبة الثقافية - بيروت .

٢٠٥- المهذب فى فقه الإمام الشافعى : للشيخ أبى إسحاق إبراهيم بن على الشيرازى ، المتوفى سنة ٤٧٦هـ - دار الفكر .

٢٠٦- ميزان الاعتدال فى نقد الرجال : للحافظ أبى عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبى ، المتوفى سنة ٧٤٨هـ - تحقيق / على محمد البجاوى - الطبعة الأولى سنة ١٣٨٢هـ - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت .

٢٠٧- النجوم الزاهرة فى ملوك مصر والقاهرة : تأليف جمال الدين أبى المحاسن يوسف ابن تغرى بردى الأتابكى ، المتوفى سنة ٨٧٤هـ - نسخة مصورة عن طبعة دار الكتب بالقاهرة سنة ١٣٨٣هـ .

٢٠٨- نخبة الفكر فى مصطلح أهل الأثر - مع شرحها - : للحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢هـ ، تعليق / محمد غياث الصباغ - الطبعة الثانية سنة ١٤١٠هـ - مكتبة الغزالى - دمشق .

٢٠٩- نصب الراية لأحاديث الهداية : للحافظ جمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعى الحنفى، المتوفى سنة ٧٦٢ هـ - مع حاشيته (بغية الألمعى فى تخريج الزيلعى) - الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣ هـ - دار إحياء التراث العربى - بيروت .

٢١٠- النظم المستعذب فى شرح غريب المهذب : للعلامة محمد بن أحمد بن بطال الركبى ، المتوفى سنة ٦٣٠هـ (مطبوع بهامش المهذب) - دار الفكر .

٢١١- النكت والعيون (تفسير الماوردى) لأبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠هـ ، راجعه وعلق عليه / السيد عبد المقصود بن عبد الرحيم .

٢١٢- نهاية السول فى شرح منهاج الأصول : تأليف الشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوى الشافعى ، المتوفى سنة ٧٧٢ ، هـ - عالم الكتب .

٢١٣- النهاية فى غريب الحديث والأثر : لمجد الدين المبارك بن محمد بن الأثير الجزرى ، المتوفى سنة ٦٠٦هـ - تحقيق / محمود محمد الطناحى - دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابى الحلبى وشركاه .

٢١٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج فى الفقه - على مذهب الإمام الشافعى : تأليف شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملى الصغير ، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ - الطبعة الأخيرة سنة ١٣٨٦ هـ - مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر .

٢١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من حديث سيد الأخيار : للإمام محمد بن على الشوكانى ، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ - دار الجيل - بيروت - سنة ١٩٧٣ م .
٢١٦- الهداية شرح بداية المبتدى : للإمام برهان الدين أبى الحسن على بن أبى بكر المرغينانى، المتوفى سنة ٥٩٣هـ - الطبعة الأولى سنة ١٤١٠هـ - دار الكتب العلمية - بيروت .
٢١٧- الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي : تأليف الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، المتوفي سنة ٥٠٥هـ - دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت - سنة ١٣٩٩هـ.
٢١٨- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان : لأبى العباس أحمد بن محمد المعروف بابن خلكان المتوفى سنة ٦٨١ هـ - تحقيق / محيى الدين عبد الحميد - الطبعة الأولى سنة ١٣٦٧هـ - مطبعة السعادة - القاهرة .

سابعاً : فهرس الموضوعات